

الاستحسان

حقيقته - أنواعه - حجته
تطبيقاته المعاصرة

للدكتور

يعقوب بن عبدالوهاب الباسين

المعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

مكتبة الشريعة
ناشرون



جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

مكتبة الرشد - ناشرون
المملكة العربية السعودية - الرياض
شارع الأمير عبد الله بن عبد الرحمن (طريق الحجاز)



ب.ب. ١٧٥٢٢ الرياض: ١١٤٩٤ - هاتف: ٤٥٩٣٤٥١ - فاكس: ٤٥٧٢٢٨١

E-mail: alrushd@alrushdryh.com

Website: www.rushd.com

فروع المكتبة داخل المملكة

الرياض: فرع طريق الملك فهد - هاتف: ٢٠٥١٥٠٠ - فاكس: ٢٠٥٣٣٠١
فرع مكة المكرمة - شارع الطائف - هاتف: ٥٥٨٤٠١ - فاكس: ٥٥٨٣٥٠٦
فرع المدينة المنورة - شارع أبي ذر الغفاري - هاتف: ٨٣٤٠٦٠٠ - فاكس: ٨٣٨٣٤٢٧
فرع جدة - مقابل ميدان الطائفة - هاتف: ٦٧٧٦٢٣١ - فاكس: ٦٧٧٦٢٥٤
فرع القصيم بريدة - طريق المدينة - هاتف: ٣٢٤٢٣١٤ - فاكس: ٣٢٤١٣٥٨
فرع أبها - شارع الملك فيصل - تلفاكس: ٢٣١٧٣٠٧
فرع الدمام - شارع الخزان - هاتف: ٨١٥٠٥٦٦ - فاكس: ٤٨١٨٤٧٣
فرع حائل - هاتف: ٥٢٢٣٢٤٦ - فاكس: ٥٦٦٢٢٤٦
فرع الإحساء - هاتف: ٥٨١٣٠٢٨ - فاكس: ٥٨١٣٠١٥

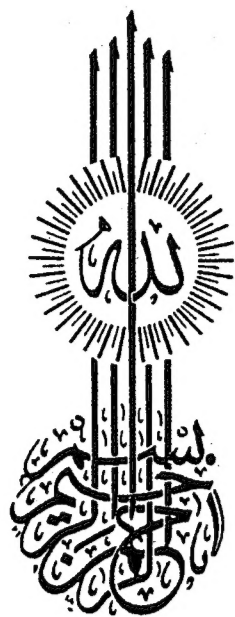
مكاتبنا بالخارج

القاهرة - مدينة نصر - هاتف: ٢٧٤٤٦٠٥ - موبايل: ١٦٢٢٦٥٣-٠١
بيروت - هاتف: ٠١/٨٥٨٥٠١ - موبايل: ٠٢/٥٥٤٣٥٢ - فاكس: ٠١/٨٥٨٥٠٢

الاستحسان

حقيقته - أنواعه - حجته

تطبيقاته المعاصرة



المقدمة

الحمد لله الذي هدانا إلى شرعه القويم، وأرشدنا إلى سبيل الحق وطريق النجاة، والصلاة والسلام على خاتم أنبيائه وسيد رسله محمد بن عبدالله، المبعوث رحمة للعالمين.

وبعد:

فإن علماء أمة محمد ﷺ اجتهدوا ما بلغه وسعهم، وبيّنوا بما مكّنهم الله ما استطاعوا الوصول إليه من أحكام، استنادًا إلى الأدلة التي تُبنى عليها الأحكام سواء كانت من المنقول أو المعقول، واعتمادًا على الطرق التي ترشد إلى الفهم الدقيق، وتجنّب المجتهد من السير في دروب غير معلومة النهاية، ولا موصلة إلى العلم، أو إلى الظن الذي تطمئن إليه القلوب. وسعوا إلى أن يضيفوا إلى الأدلة المتفق عليها من كتاب وسنة وإجماع وقياس، ما يستعينون به على إدراك حكم ما لم يتوصلوا إليه من الأدلة المتفق عليها، فكانت لهم مناهج في هذا المجال، ربما اتفق أكثرهم عليها، وربما انفرد بها بعضهم دون بعض، ومن هذه المناهج، أو الطرق الاستحسان الذي اشتبكت بشأنه الآراء، وتضاربت فيه وجهات النظر فقسا بعضهم على بعض في القول به، وأغلظ له في الانتقاد. وهو الأمر الذي ما كان ينبغي أن يصير إلى ما صار إليه، لأن المهاجمين والمنتقدين اعتمدوا على ظواهر

الألفاظ، دون ما قصد بها. يقول العالم الألماني ليبنتز: إن معظم الخلافات العلمية يرجع إلى خلاف على معاني الألفاظ ودلالاتها^(١).

وكنت قد تناولت هذا الموضوع في رسالتي (رفع الحرج في الشريعة الإسلامية)، وعددته مظهرًا من مظاهر التيسير ورفع الحرج، وقدّمت فيه، في ضمن هذه الرسالة، دراسة أظن أنها كانت مفيدة، وربما كانت أوسع دراسة في الاستحسان حتى سنة مناقشة رسالتي المذكورة سنة ١٩٧٢م. إذ لم أجد في مجاله غير البحوث والمحاضرات التي ألقى في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية. ومن هذه المحاضرات.

١- محاضرة الاستحسان والمصالح المرسلّة لجودة هلال.

٢- بحث في الاستحسان لمحمود عبدالقادر مكاوي^(٢).

ولا أغفل عن ذكر الكتب التي عالجت هذا الموضوع معالجات خفيفة، كالكتب التي في أصول الفقه والتي يمثل أغلبها محاضرات ألقى على الطلبة. والكتب المؤلفة في الأدلة المختلف فيها.

(١) ليبنتز: عالم وفيلسوف ألماني من الذين برعوا في الحساب. ولد سنة ١٦٤٦م ومات سنة ١٧١٦م.

(٢) طبعت هذه المحاضرات مجموعة في مطبعة كوستافوس في مصر سنة ١٩٦٣م.

وقد فاتني الاطلاع على رسالة لشيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)، التي لم أعلم بها، وكانت في حينها مخطوطة، ولم أطلع عليها إلا بعد أن طبعت سنة ١٤١٩هـ. تحت عنوان (قاعدة في الاستحسان)^(١)، وبعد رسالتي المتقدمة ظهرت طائفة من الكتب الصغيرة التي تناولت موضوع الاستحسان بالدراسة، وهي كثيرة، وقع بين يديّ منها الكتيبات الآتية:

- ١- الاستحسان بين النظرية والتطبيق للدكتور شعبان محمد إسماعيل - نشر دار الثقافة في الدوحة / قطر / سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٢- الاستحسان عند علماء أصول الفقه وأثره في الفقه للدكتور السيد صالح عوض - نشر في مصر / سنة ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٣- نظرية الاستحسان لأسامة الحموي أشرف عليها الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي. كتبها مؤلفها لتكون رسالة ماجستير. نشر في سوريا / دمشق / سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٤- مرآة الجنان في إيضاح الاستحسان - لسليمان بن محمد ألفيفي / كراس صغير.
- ٥- الاستحسان الأصولي حقيقته وحجيته - (بحث منشور في

(١) علّق عليها تعليقات مفيدة محمد عزيز شمس. ونشرتها دار عالم الفوائد بالمملكة العربية السعودية / مكة المكرمة سنة ١٤١٩م.

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية - العدد ٤ -
الإمارات العربية المتحدة (ص ٩-٣٥) سنة ١٩٩٥م.

٦- الاستحسان ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي -
لفاروق عبدالله عبدالكريم - رسالة دكتوراه من جامعة بغداد
سنة ١٩٩٥م ولم أطلع عليها.

٧- نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة
المرسلة للدكتور محمد عبداللطيف صالح الفرفور.

وبعد التأمل والنظر في البحوث المتقدمة - عدا رسالة
الدكتوراه في جامعة بغداد التي لم يتيسر الاطلاع عليها، وجدت
أن ما كتبه عن موضوع الاستحسان جدير بأن يبعث، وأن ينال
حظه بين هذه المؤلفات، ولا سيما أنه عالج هذا الموضوع
بمنهجية وطريقة مختلفة. ثم إنني أجد أن الحاجة إلى تفعيل
الاستحسان قائمة، وأنه ينهض بقدر كبير من إيجاد الحلول، وبيان
أحكام كثير في المستجدات، أو النوازل المعاصرة، فأهميته
ظاهر، والحاجة إليه قائمة مما يستدعي فهمه، وإدراك حقيقته،
ليكون المجتهد على بصيرة مما يفتى به. وقد وثقت بعض
المعلومات التي كنت أخذتها بالواسطة، من مصادرها الأصلية،
ومن الكتب التي تسنى طبعها، بعد أن كانت مخطوطة. كما أنني لم
أخل البحث من إضافات، أو توسعة في بعض المواضع، مما
رأيت أنها تخدم الموضوع، وتلقى عليه بعض الأعضاء.

وقد أضفت إليه مبحثاً خاصاً في التطبيقات المعاصرة للاستحسان، وترجمت لأغلب الأعلام، لكنني لم ألتزم بترجمة العلم عند أول ذكر له بل قد أؤخر ترجمته بسبب ازدهام الهومش، عند أول ذكره.

وأبعثته بعدد من الفهارس العلمية، استكمالاً للبحث. وقد جاء هذا البحث في مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة.

أما المقدمة فهي في بيان أهمية الموضوع والحاجة إليه. وقد تقدّم عنها الكلام وأما المباحث فهي:

● **المبحث الأول :** في تحديد معناه، ومناقشة ما قيل فيه من تعريفات.

● **المبحث الثاني:** في موقف الصحابة والتابعين والأئمة منه.

● **المبحث الثالث:** في أنواعه وأقسامه.

● **المبحث الرابع:** في حجّيته والأدلة عليها.

● **المبحث الخامس:** في التطبيقات المعاصرة للاستحسان.

● **وأما الخاتمة:** ففي بيان أهم النتائج.

والله أسأل أن يكون هذا البحث مفيداً، ونافعاً، ومسهماً -

ولو بقدر قليل - في الكشف عن حقيقة هذا الموضوع. وصلى الله وسلّم على نبينا محمد.

د. يعقوب عبدالوهاب الباسين

المعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



المبحث الأول

تعريف الاستحسان وتحديد معناه

- ☐ **المطلب الأول: تحديد معناه.**
- ☐ **المطلب الثاني: تعقيب على التعريفات.**

المطلب الأول

تحديد معناه

معناه في اللغة: الاستحسان مشتق من الحسن، وهو في اللغة عدّ الشيء حسناً^(١). وقيل: هو وجود الشيء حسناً، يقول الرجل: استحسنت كذا، أي اعتقدته أو ظننته حسناً^(٢). على ضدّ الاستقباح، أو معناه طلب الأحسن للتّباع^(٣). الذي هو مأخوذ به. ويذكر ابن فارس (ت ٣٩٥هـ)^(٤)، أنّ الحاء والسين والنون أصل واحد هو الحسن ضد القبح، يقال رجل حَسَن، وامرأة حسناء وحُسْنانة^(٥). وقيل هو كون الشيء على صفة الحسن، وقيل إنه فعل

(١) القاموس المحيط، التعريفات ص ١٣، والتلويح ٨١/٢، والواضح لابن عقيل ١٠٠/٢، والكلّيات للكفوي ص ١٠٧، والتوقيف على مهمات التعاريف ص ٤٧.

(٢) بذل النظر ص ٦٤٩.

(٣) الكلّيات ص ١٠٧.

(٤) هو أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي. كان إماماً في اللغة، ومشاركاً في علوم شتى، أصله من قزوين، أقام في همدان مدة، ثم انتقل إلى الري فنسب إليها. توفي سنة ٣٩٥هـ. وقيل سنة ٣٩٠ وقيل غير ذلك. من مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، والمجمل في اللغة. والصاحبي، والفصيح وتمام الفصيح وغيرها.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ١٠٠/١، ومعجم الأدباء ٨٠/٤، والأعلام ١٩٣/١، ومعجم المؤلفين ٤٠/٢.

(٥) معجم مقاييس اللغة ٥٧/٢.

المستحسن، وهو رؤية الشيء حسناً. يُقال: استحسنت كذا أي رأيته حسناً^(١). وقد وردت كلمات تحتوي على مادة الكلمة فيما يقارب مئتي موضع من القرآن الكريم، وقيل، أيضاً إنه ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، وإن كان مستقبحاً عند غيره^(٢).

معناه في الاصطلاح: وأما في اصطلاح الأصوليين فقد قيلت فيه تعاريف كثيرة، نذكر فيما يأتي أهمّها وأشهرها:

١- إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد، تفسّر عبارته عنه^(٣)، ولم يرد هذا التعريف فيما كتبه الإمام في المحصول، ولا فيما كتبه صاحب الحاصل^(٤) بل ذكره الآمدي (ت ٦٣١هـ)^(٥) وابن

(١) بدائع الصنائع ١١٨/٥.

(٢) الإحكام للآمدي ١٥٧/٤.

(٣) الإحكام للآمدي ١٥٧/٤، ونهاية السؤل ١٦٦/٣، ومختصر المنتهى لابن الحاجب ٢٨٨/٢، والتلويح ٨١/٢، وجمع الجوامع بشرح الجلال المحلي ٣٥٣/٢، والمستصفي للغزالي ٢٨١/١، والمنخول للغزالي ص ٣٧٥، والاعتصام ١١٧/٢، والفائق للصفى الهندي ١٧٥/٥، والبحر المحيط ٦/٩٣، وإرشاد الفحول ص ٤٠١، والحدود الأنيفة ص ٨٢.

(٤) نهاية السؤل ١٦٨/٣.

(٥) هو سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد التغلبي الآمدي الحنبلي ثم الشافعي، جمع بين الحكمة والمنطق والكلام، والأصول والفقه، وبرع في الخلاف، وكان من الأذكياء. قيل عنه إنه لم يكن في زمانه أحفظ للعلوم منه. ولد بآمد وأقام ببغداد، ثم انتقل إلى الشام، ثم مصر، وكانت وفاته بدمشق سنة ٦٣١هـ، ودفن بسفح جبل قاسيون.

الحاجب (ت ٦٤٦هـ)^(١) وجمع آخر من العلماء، وقد عزي هذا التعريف إلى بعض علماء المالكية، وهو ابن رشد الكبير، إذ ذكر أنه قال في الاستحسان إنه ما ينقدح في قلب الفقيه من غير أن يردّه إلى أصل بعينه^(٢).

وقد رفض أغلب العلماء هذا التعريف، ونعته الغزالي (ت ٥٠٥هـ)^(٣) بأنه هوس واعتبره استحسان المجتهد بعقله «لأن ما

= من مؤلفاته: غاية المرام في علم الكلام، ودقائق الحقائق في الحكمة، والأحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه، وغاية الأمل في علم الجدل وغيرها.

راجع في ترجمة: وفيات الأعيان ٤٥٥/٢، مفتاح السعادة ٥٥/٢، شذرات الذهب ١٤٤/٥، معجم المؤلفين ١٥٥/٧.

(١) هو: أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردي الأصل المالكي المذهب الملقب بجمال الدين، والمعروف بابن الحاجب، لكون أبيه جندياً حاجباً عند الأمير عز الدين الصلاحي، عرف بالفقه والقراءة والأصول والنحو والصرف والعروض. ولد بمصر ودرس وتفقه بمذهب مالك وتخرج عليه عدد من العلماء. ثم انتقل إلى دمشق ودرّس بجامعة. ثم عاد إلى القاهرة وأقام بها، ثم انتقل إلى الإسكندرية وكانت وفاته فيها سنة ٦٤٦هـ/١٢٤٩م. من كتبه: الإيضاح شرح المفصل للزمخشري، منتهي السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، ومختصر منتهى السؤل والأمل وغيرها.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٤١٣/٢، مفتاح السعادة ١٢٥/١، شذرات الذهب ٢٣٤/٥، الأعلام ٢١١/٤.

(٢) ابن حزم للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٢٦.

(٣) هو أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي المعروف بحجة الإسلام والغزالي من أشهر علماء المسلمين وأبرزهم في ميادين الحكمة والكلام والفقه والأصول والتصوّف، مع جمعه إلى ذلك جملة من علوم =

لا يُقدر على التعبير عنه لا يُدرى أنه وهم وخيال أو تحقيق، ولا بُدَّ من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصحيح الأدلة أو تزيفه، أما الحكم بما لا يُدرى ما هو فمن أين يعلم جوازه؟ أبضرة العقل ونظرة أو بسمع متواتر أو آحاد؟ ولا وجه لدعوى شيء من ذلك^(١).

أما الأمدي فإنه استبعد أن يكون الدليل المنقذ في نفس المجهد من الأدلة الشرعية، ورأى أنه، إن كان كذلك، فإن تخصيصه باسم الاستحسان في حال العجز عن التعبير عنه، دون الحالة التي يمكن فيها أن يُعبر عنه، أمرٌ متنازع فيه^(٢).

وتساءل العضد (ت ٧٥٦هـ)^(٣) عن المقصود من قولهم (ينقذ)

= أخرى. ولد بطوس وارتحل في طلب العلم، فأخذه عن أبي نصر الإسماعيلي، ثم عن إمام الحرمين الجويني في نيسابور، ثم جلس للإقراء، وندب للتدريس في المدرسة النظامية ببغداد، وأعجب به أهل العراق، وعظمت منزلته بينهم ثم أقبل على السياحة والعبادة، وكانت وفاته بطوس سنة ٥٠٥هـ، وقد ترك مؤلفات كثيرة، منها: إحياء علوم الدين، والمستصفى في أصول الفقه، والوجيز في فروع الفقه الشافعي، وتهافت الفلاسفة والمنقذ من الضلال وإلجام العوام عن علم الكلام، وغيرها.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان (٣/٣٥٣)، طبقات الشافعية الكبرى (٤/١٠١، ١٠٢، شذرات الذهب ٤/١٠، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٩٢، هدنة العارفين ٢/٧٩، والأعلام ٧/٢٢، معجم المؤلفين ١١/٢٦٦.

(١) المسصفى ١/٢٨١.

(٢) الإحكام في الموضع السابق.

(٣) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الإيجي الشيرازي الشافعي، قاضي القضاة، المعروف بعضد الدين. كان من العلماء المبرزين في العلوم =

وذكر احتمالين له، أحدهما: أن يكون المقصود به ما يتحقق ثبوته، وحينئذ يجب العمل به الاتفاق، ولا أثر للعجز عن التعبير، إذ هو بالنسبة إلى المجتهد لا يختلف، وإن كان مختلفا بالنسبة إلى غيره.

والاحتمال الآخر: أن يكون المقصود به ما يُشكّ فيه، وهو مردود بالاتفاق، إذ الأحكام الشرعية لا تثبت بمجرد الاحتمال والشك^(١).

غير أن البيضاوي (٦٨٥هـ)^(٢) اشترط إظهار الدليل وتبيينه،

= العقلية والأصول والمعاني والبيان والنحو والفقه وعلم الكلام. كما كان ميسور الحال واسع الثراء يساعد طلبته على مواجهة متطلبات الحياة المادية. غضب عليه صاحب كرمان فسجنه بقلعة درميان، إلى أن مات فيها سنة ٧٥٦هـ/١٣٥٥م.

من مؤلفاته: الرسالة العضدية في الوضع، وشرح مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، والمواقف في علم الكلام.

راجع في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى ١٠٨/٦، الدرر الكامنة ١١٠/٣، هدية العارفين ٥٢٧/١، معجم المؤلفين ١١٩/٥.

(١) شرح مختصر المنتهى ٢٨٨/٢.

(٢) هو: أبو سعيد، وقيل أبو الخير عبدالله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشيرازي الشافعي، الملقب بناصر الدين. والبيضاوي نسبة إلى البيضاء في بلاد فارس على مقربة من شيراز. كان قاضياً عالماً بالفقه والأصول والعربية والمنطق والحديث. وإماماً مبرزاً أثنى عليه وعلى مؤلفاته العلماء. ولي قضاء شيراز فترة، ثم استقر في تبريز وتوفي فيها سنة ٦٥٨هـ وقيل سنة ٦٩١هـ.

من مؤلفاته: منهاج الوصول إلى علم الأصول، وأسرار التأويل في=

لأجل تمييز صحيحه من فاسده^(١)، فلا يكفي، عنده، أن يتحقق ثبوته عند المجتهد، متابعاً في ذلك رأي الإمام الغزالي (ت ٥٠٥هـ).

والذي يبدو - والله أعلم - أن هذا التعريف قد أسئ فهمه، وكيل له من النقد ما لا ينبغي. فالذي يتمرس في الفقه، ويحيط علماً بنصوص الشارع، ومقاصده، تصبح عنده ملكة يستطيع بها معرفة ما هو موافق للشرع وما هو مخالف. ويطلق علماء القانون اليوم مصطلح (روح القانون)، فيردّون أموراً بدعوى مخالفة روح القانون، ويأخذون بأمور بدعوى اتفاقها مع روح القانون. ولم يقل لهم إن هذا هوس.

وقد تنبّه إلى ذلك الإمام الطوفي (ت ٧١٦هـ)^(٢)، فقال: (من

= التفسير، وطوال الأنوار في علم الكلام، وغيرها.
راجع في ترجمته: مفتاح السعادة ١/٤٧٨، شذرات الذهب ٥/٣٩٢، هذية العارفين ١/٤٦٢، معجم المطبوعات ١/٦١٦، الأعلام ٤/١١٠، معجم المؤلفين ٦/٩٨، الفتح المبين ٢/٨٨.

(١) منهاج الوصول بشرح نهاية السؤل ٣/١٦٧.
(٢) هو أبو الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي الصرصري، نسبة إلى قرية طوفا من أعمال صرصر في العرق من علماء الحنابلة المشهورين. تنقل في البلدان وأسهم في علوم كثيرة. وقد اتهم بالانحراف والرفض فعزّز وضرب توفي في مدينة الخليل سنة ٧١٦هـ.

من مصنفاته: البلبل في أصول الفقه اختصر فيه كتاب روضة الناظر لابن قدامة، وشرح مختصر الروضة، والذريعة إلى معرفة أسرار الشريعة، وشرح الأربعين النووية المسمى بالتعيين. وعلم الجدل في علم الجدل، وغيرها. =

المعلوم بالوجدان أن النفوس يصير لها فيما تعانيه من العلوم والحرف، ملكات قارة فيها تدرك الأحكام العارضة في تلك العلوم والحرف، ولو كُلفت الإفصاح عن حقيقة تلك المعارف بالقول لتعذر عليها. وقد أقرّ بذلك جماعة من العلماء، منهم ابن الخشاب (ت ٥٦٧هـ)^(١) في جواب المسائل الإسكندرانيات. ويسمى ذلك أهل الصناعات وغيرهم ذُرْبَة، وأهل التصوف (ذوقًا) وأهل الفلسفة ونحوهم ملكة^(٢).

ونجد هذا المعنى عند طائفة أخرى من العلماء. ومن هؤلاء أبو الحسن علي بن عروة الحنبلي (ت ٨٣٧هـ)^(٣) الذي قال: (القلب إذا كان تقيًا نظيفًا زاكياً كان له تمييز بين الحق والباطل، والصدق والكذب، والهدى والضلال، ولا سيما إذا كان قد

-
- = راجع في ترجمته: الذيل على طبقات الحنابلة ٣٦٦/٢، والدّرر الكامنة ٢/٢٩٥، وشذرات الذهب ٣٩/٦ والأعلام ١٢٧/٣، والفتح المبين ١٢٠/٢.
- (١) هو أبو محمد عبدالله بن أحمد البغدادي، أديب، لغوي ومحدث. عرف بكثرة السماع وبالحصول على الكتب. تخرّج عليه في النحو خلق كثير. توفي سنة ٥٦٧هـ. راجع في ترجمته: شذرات الذهب ٢٢٠/٤.
- (٢) شرح مختصر الروضة ١٩٢/٣.
- (٣) هو علي بن حسن بن عروة المشرفي ثم الدمشقي الحنبلي. من الفقهاء والمحدثين توفي في دمشق سنة ٨٣٧هـ.
- من مؤلفاته: الكواكب الدرية في ترتيب مسند الإمام أحمد على أبواب البخاري، وشرح المغني. والسيرة النبوية.
- راجع في ترجمته: شذرات الذهب ٢٢٢/٧، والأعلام ٢٨٠/٤، ومعجم المؤلفين ٧٤/٧.

حصل له إضاءة وذوق من النور النبوي، فإنه حينئذ تظهر له خبايا الأمور...^(١).

ويُنقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ)^(٢) قوله: (القلب المعمور بالتقوى، إذا رجح بمجرد رأيه، فهو ترجيح شرعي)^(٣).

٢- هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى^(٤).

وهو بهذا المعنى لانزاع في الأخذ به، لأن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعاً^(٥) غير أنه ليس بجامع، لخروج أنواع الاستحسان الأخرى منه^(٦)، كالاستحسان بنص الكتاب أو السنة

(١) قواعد التحديث للقاسمي ص ١٦٨.

(٢) هو نقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام المعروف بابن تيمية الحرّاني، ثم الدمشقي. اشتهر بين العلماء، وذهب إلى مصر، فتعصب عليه جماعة من أهلها، فسجن مدة، ثم نقل إلى الإسكندرية، ثم أطلق فعاد إلى دمشق. كان عالماً بالفقه، والأصول والحديث، والتفسير، والعربية وغيرها من العلوم، وكان من أبرز علماء الحنابلة ومجتهديهم. توفي في دمشق سنة ٧٢٨هـ. من مؤلفاته: مجموعة فتاوى، ومنهاج السنة. وأصول التفسير، ودرء تعارض العقل والنقل، وغيرها.

راجع في ترجمته: الدرر الكامنة ١/١٦٨، وشذرات الذهب ٦/٨٠، والأعلام ١/١٤٤، ومعجم المؤلفين ١/٢٦١.

(٣) قواعد التحديث ص ١٦٨.

(٤) أدب القاضي للماوردي ١/٦٥٠، وبذل النظر ص ٦٤٧، وشرح مختصر المنتهى للعضد ٢/٢٨٨، والفائق ٥/١٧٦.

(٥) شرح جمع الجوامع للجلال المحلي ٢/٣٥٣.

(٦) بذل النظر ص ٦٤٧، والإحكام للآمدي ٤/١٥٨، وحاشية الفنري على التلويح ٣/٣.

أو الاجتماع أو الضرورة أو غيرها.

على أنّ هنا أمراً آخر يقتضي النظر في التعريف، وهو إنّ التعبير عن المعدول عنه بالقياس قد جعل الكثيرين من العلماء يفهمون أنّ المقصود منه القياس الأصولي، مع أنّ المعدول عنه ربّما لا يكون كذلك، كأن يكون قاعدة عامة مقرّرة، وهذا هو السر الذي جعلهم يتكلّفون قياسات أصلية لما خالفه الاستحسان^(١).

٣- هو تخصيص قياس بأقوى منه^(٢).

ولم ينازعوا فيه بهذا المعنى، وقد ذكر الأمدي أنّ حاصله يرجع إلى تخصيص العلة^(٣)، وتابعه على ذلك التفتازاني^(٤)، غير

(١) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٣٧.

(٢) بذل النظر ص ٦٤٧، ومختصر المنتهى بشرح العضد ٢/٢٨٨، والتلويح ٢/٨١، وإشارد الفحول ص ١٠٢.

(٣) الإحكام ٤/١٥٨.

(٤) التلويح ١/٨١، والتفتازاني هو: مسعود بن عمر بن عبدالله التفتازاني الملقب بسعد الدين، ولد بتفتازان من بلاد بارس، وأقام بسرخس، وأبعده تيمورلنك إلى سمرقند، وقد كان إماماً في علوم كثيرة، حتى ذاع صيته واشتهر ذكره، وانتفع الناس بمؤلفاته. وكانت في لسانه لكمة، ويذكر أنه لم يظهر عليه في مراحل الأولى نبوغ، ولكنه برز بعد ذلك في حلقة أستاذة العضد، وقد توفي في سمرقند سنة ٧٩٢هـ، ألف في علوم متنوعة، وشرح كتباً كثيرة.

ومن مؤلفاته: تهذيب المنطق، وشرح العقائد النسفية، والتلويح إلى كشف غواض التنقيح في أصول الفقه، وحاشيته على مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه. وشرح الأربعين النووية، وشرح الشمسية، وحاشية الكشف، عدا ما ألفه في البلاغة والصرف والنحو وسواها.

أنّ علماء الأحناف نفوا أن يكون الاستحسان كذلك، لأنّ ترك القياس بدليل أقوى منه لا يكون تخصيصاً، وإن في تخصيص العلة العلة باقية، أمّا في الاستحسان فقد زالت العلة^(١).

ويرد على هذا التعريف كلّ ما ورد على سابقه، من كونه غير جامع ومن أنه جعل المعدول عنه قياساً مما يوهم أن المراد به قياس الأصول.

٤- وقال الكرخي (ت ٣٤٠هـ)^(٢): الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى^(٣).

= راجع في ترجمته: مفتاح السعادة ١/ ١٨٥ - ١٨٧، الدرر الكامنة ٦/ ١١٢، شذرات الذهب ٦/ ٣٢١، كشف الظنون ١/ ٤٩٦، هدية العارفين ٢/ ٤٢٩ - ٤٣٠، والأعلام ٧/ ٢١٩، معجم المؤلفين ١٢/ ٢٢٨.

(١) أصول السرخسي ٢/ ٢٠٨، والتوضيح بشرح التلويح ٢/ ٨٥.
(٢) هو أبو الحسن عبيدالله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي. انتهت إليه رئاسة العلم في أصحاب أبي حنيفة. درّس في بغداد وتلمذ عليه كثيرون. كان صبوراً على الفقر، كثير العبادة، أصيب آخر عمره بالفالج، وتوفي في بغداد سنة ٣٤٠هـ.

من مؤلفاته: شرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير في فروع الفقه الحنفي، مسألة في الأشربة وتحليل نبيذ التمر، ورسالة في أصول الفقه.

راجع في ترجمته: الجواهر المضيئة ٢/ ٤٩٢، والفهرست لابن النديم ص ٢٩٣، وطبقات الفقهاء، للشيرازي ص ١٢٤، وشذرات الذهب ٢/ ٣٥٨، والفتح المبين ١/ ١٨٦، وتاج التراجم ص ٣٩، والأعلام ٤/ ١٩٣، ومعجم المؤلفين ٦/ ٢٣٩.

(٣) الإحكام، والتلويح، ومختصر المنتهى بشرح العضد، في المواضع السابقة، ونهاية السؤل ٢/ ١٦٩، والمستصفي ٢/ ٢٨٣، وشرح التنقيح ٢/ ٢١٧، والإبهاج ٣/ ١٨٩، والفائق ٥/ ١٧٦، ونذكر هنا أنه قد ورد في=

وهذا التعريف قال عنه الغزالي: بأنه مما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة^(١)، غير أنه انتقد بأنه غير مانع، إذ يدخل في الاستحسان ما ليس منه، إذ يشمل العدول عن حكم العموم إلى مقابله للدليل المخصّص، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ إلى مقابله للدليل الناسخ^(٢)، وهما - أي التخصيص والنسخ - ليسا من باب الاستحسان ولا نزاع فيهما.

ولا شك أنّ هذا النقد مبنيّ على أن الاستحسان والنسخ والتخصيص حقائق متباينة، وأن لا شيء مشترك بينها، وأن تعريف أيّ منها يقتضي الاحتراز عن إدخال ما تشتمل عليه الأنواع الأخرى فيه، ولهذا ينبغي أن نتأمل هذه الناحية قليلاً.

أما بالنسبة للتخصيص فلم ير بعض العلماء مانعاً من إدخاله في تعريف الاستحسان، وقال: «وليكن التخصيص استحساناً»^(٣)،

= أصول الجصاص قوله: وكان أبو الحسن - يعني الكرخي - يقول: إنّ لفظ الاستحسان، عندهم، ينبئ عن ترك حكم إلى حكم هو أولى منه، لولاه لكان الحكم الأول ثابتاً.

الفصول في الأصول للجصاص ٤/٢٣٤، وانظر: التمهيد لأبي الخطاب ٩٣/٤.

(١) المستصفى ٢٨٣/١.

(٢) الإحكام للأمدي وشرح تنقيح الفصول في الموضعين السابقين، والفائق للصفّي الهندي ١٧٧/٥، والإبهاج ٣/١٨٩.

(٣) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٦٠.

ولكن هذا الكلام - على إطلاقه - غير سديد، فليس كل تخصيص استحساناً، بل إنّ أكثر أنواع التخصيص ليست باستحسان.

والذي يبدو لنا - والله أعلم - أنّ الاستحسان نوع من أنواع التخصيص، لا أن التخصيص نوع من أنواع الاستحسان، وأنّ استقرار الجزئيات في كل من الاستحسان والتخصيص، يبيّن أن الاستحسان تخصيص غرضه التيسير ورفع الحرج، أما التخصيص فيما عدا الاستحسان فهو أعمّ من ذلك.

على أنّ هناك فرقاً آخر بين الاستحسان والتخصيص، ذلك أنّ علماء الحنفية - ومنهم الكرخي (ت ٣٤٠هـ) - اشترطوا في التخصيص اتصال المخصّص بالعام^(١)، بينما لم يشترطوا ذلك في الاستحسان، وحيثُذ يمكن أن يقال إنّ بعض أنواع الاستحسان - أي المتصلة - تخصيص، وبعضها الآخر ليس كذلك.

وهذا على رأي الحنفية الذين اشترطوا اتصال المخصّص بالعام، أمّا على رأي غيرهم فيمكن طرد الكلام، والقول بأنّ كل استحسان تخصيص. ولكن هذا الأمر لا ينعكس - على الرأيين - فليس كل تخصيص استحساناً.

ثم إنهم قالوا بأنّ الخارج بالمخصّص لم يدخل في العام ابتداءً، ولم يصرّحوا بشيء عن الخارج بالاستحسان، أهو خارج ابتداءً أم أنه أخرج بعد الدخول؟ وأيّاما كانت الاحتمالات فإنّ

بعض أنواع التخصيص التي ليست باستحسان تدخل في التعريف.
أما بالنسبة للنسخ فإنه يختلف عن الاستحسان في أمور، نوجز أهمها فيما يأتي:

أ- إنَّ النسخ لا يكون إلا في عصر الرسالة؛ لأنَّ ميدانه النصوص الشرعية وقد انتهت بوفاته ﷺ أما الاستحسان فإنَّ دائرته الزمنية أوسع من ذلك، وأنَّه يشمل حتى عصور الاجتهاد، ويمتدَّ إلى الوقت الحاضر ما دامت أدلة الخروج عن القاعدة ليست خاصة بالقرآن والسنة.

ب- إنَّ النسخ قد يكون بالأثقل، على ما عليه الراجح من رأي الجمهور^(١)، أما الاستحسان فلا يكون إلا بالأخف.

ج- إنَّ النسخ قد يكون كلياً أو جزئياً^(٢)، بينما الاستحسان لا يكون إلا جزئياً وحينئذ يتفق الاستحسان والنسخ في حالة ما إذا كان النسخ جزئياً وإلى الأخف، ففي قوله تعالى: ﴿أَنفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١]، قالوا: إنَّه منسوخ بآيات العذر كقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى

(١) أصول اليزدوي ١٠٧/٣ بشرح كشف الأسرار، المعتمد لأبي الحسين البصري ٤١٦/١، ونهاية السؤل ١٧٧/٢، و١٧٨، ومفاتيح الأصول لمحمد علي الهاشمي (مبحث النسخ غير مرقم)، ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية للباحث ص ٧٩ (دار النشر الدولي).

(٢) علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٢٦٧.

الْأَعْمَى حَرْجٌ ﴿[النُّور: ٦١]، وَ﴿لَيْسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَلَا عَلَى

الْمَرْضَى﴾ [التَّوْبَةُ: ٩١]، وهو نسخ جزئي إلى الأخف.

وهذا الذي اعتبروه نسخاً لا مانع من أن يقال: إنه استحسان بالنص، لأنه عدول في هذه الجزئيات عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، كما أن الكثير من المحققين يعتبرون أمثال هذا النسخ تخصيصاً، لأن آيات العذر مبينة للآية المذكورة، وليست ناسخة لها، لأنه محال أن يكون الله تعالى قد أمر غير القادرين على النفر به^(١).

وعلى هذا فإننا نرى أن بعض أنواع النسخ استحسان بالنص، وهذه لا مانع من دخولها في التعريف، باعتبارها من الاستحسان، غير أن أنواعاً أخرى من النسخ تدخل في الاستحسان، على هذا التعريف، وهي ليست منه.

وزيادة في البيان نذكر أن النسخ إن كان كلياً فلا يدخل في التعريف، لعدم العدول في المسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها، بل هي ونظائرها ارتفع حكمها.

وأما إن كان جزئياً، فإن كان نسخاً إلى الأخف فهو نسخ، وهو استحسان أيضاً ولا مانع من دخوله في التعريف، ولكنه إن كان نسخاً إلى الأثقل فإنه ليس متفقاً مع الاستحسان الذي غرضه التخفيف.

(١) أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ص ٢٥٤ (الهامش).

على أن النسخ إلى الأثقل يتضمّن تهيئة تدرّجية بتقديم الأخفّ، وفي ذلك ما فيه من التيسير^(١).

ومع ذلك فإنّه يعتبر أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان وأشملها^(٢)، ويأتي ذلك، على ما يبدو لنا، من إعراضه عن ذكر كلمة القياس في التعريف، إذ هو في حقيقته يشمل إخراج بعض الجزئيات عن أن يتناولها حكم القياس الأصولي، كما يشمل إخراج الجزئيات عن حكم القواعد العامة المقرّرة.

٥- وقيل: هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس^(٣)، ومثّلوا له بدخول الحمّام وشرب الماء من السقاء، واعتبر بعض العلماء الاستحسان، على هذا التعريف، من المتردّد فيه، وذلك لأنّه إن استند إلى عادة معتبرة، بجريانه في زمان النبي ﷺ فإنّ ثبوته يكون بالسنة، أو بجريانه في عهد الصحابة رضي الله عنهم مع عدم إنكارهم عليه، فإن ثبوته يكون بالإجماع لا بها، وإن استند إلى نصّ أو قياس ممّا تثبت حجّيته، فإن ثبوته يكون بهما، وأمّا إن استند إلى ما لم تثبت حجّيته فهو مردود قطعاً^(٤).

(١) انظر: رفع الحرج للباحث ص ٧٩.

(٢) أبو حنيفة للشيخ محمد أبي زهرة، ص ٣٤٤.

(٣) مختصر المنتهى بشرح العضد ٢/٢٨٨، جمع الجوامع بشرح الجلال المحلي ٣٧/٢ أصول ابن مفلح ٤/١٤٦٥، الفائق ٥/١٧٧، إرشاد الفحول ص ٤٠١.

(٤) مختصر المنتهى وجمع الجوامع في الموضوعين السابقين.

وهذا النقد منصبٌ على دليل العدول المذكور في التعريف الذي هو العادة، ولو سُلّم لهم بطلان الاحتجاج بها، ما لم تكن مستندة إلى ما ذكروه، فإنّ نقدهم يُبطل هذا التعريف فقط، وبالتالي يبطل الاستحسان الثابت بالعادة ليس غير.

وفي الحقّ إنّ في التعريف نقصاً، أو فيه قصر للاستحسان على أحد أنواعه، وهو مبنيّ على النظرة الجزئية إليه، والحكم على الكل بموجبها.

٦- وقيل: هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي^(١):

وهذا التعريف مالكي على ما ذكره الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)^(٢)، وهو أعم من التعريف السابق، لكن ترك الدليل الكلي، عندما يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة، أعم من أن يكن عرفاً أو عادة.

ويعكس هذا التعريف مفهوم الاستحسان عند المالكية، إذ إنّهم عندهم صورة من صور المصالح المرسلة. قال الشاطبي

(١) الموافقات ٢٠٦/٤، والاعتصام ١١٩/٢.

(٢) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي. عالم مجتهد محقق في الفقه والأصول والحديث والتفسير واللغة. توفي سنة ٧٩٠هـ.

من تصانيفه: الموافقات، شرح الخلاصة في النحو، الاعتصام. راجع في ترجمته: هدية العارفين ١٨/١، معجم المطبوعات ١٠٩٠/١، الأعلام ٧٥/١، معجم المؤلفين ١١٨/١، وشجرة النور الزكية ص ٢٣١.

(ت ٧٩٠هـ): إنهم صوّروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلة^(١)، ومفاد هذا الكلام أن المصالح المرسلة منها ما هي استحسان، ومنها ما ليس كذلك، فما كان على سبيل الاستثناء فهو الاستحسان، وما لم يكن كذلك فهو مصلحة فقط.

ولا شيء على هذا التعريف إلا إذا فهم الأخذ بالمصلحة الجزئية على وجه لا تجتمع فيه مع النص أو الإجماع أو القياس أو العرف أو الضرورة أو غير ذلك من الأدلة التي يستحسن بها، والتي ليس عليها إنكار.

٧- وقال أبو الحسين البصري (ت ٤٣٦هـ)^(٢): (هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول^(٣)).

(١) الموافقات في الموضوع السابق.

(٢) هو: أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، متكلم وأصولي، وكان من أذكيار زمانه. سكن بغداد ودرّس فيها إلى حين وفاته سنة ٤٣٦هـ.

من مؤلفاته: المعتمد في أصول الفقه، تصفح الأدلة في أصول الدين، الانتصار في الرد على ابن الراوندي، غرر الأدلة في الأصول، شرح الأصول الخمسة وشرح العمدة للقاضي عبد الجبار في أصول الفقه.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٤٠١/٣، شذرات الذهب ٢٥٩/٣، هدية العارفين ٦٨/٢، معجم المؤلفين ٢٠/١١، الأعلام ٢٧٥/٦.

(٣) المعتمد ٨٤٠/٢، والإحكام للآمدي ١٥٨/٤، والتلويح ٨١/٢، وشرح تنقيح الفصول ٢١٧/٢، والإبهاج ١٨٩/٣، واختاره الإسمندي في بذل النظر ص ٦٤٨.

وفسّر الأسنوي (ت ٧٧٢هـ)^(١) قول أبي الحسين (ت ٤٣٦هـ) «ترك وجه من وجوه الاجتهاد» بأن «الواقعة التي اجتهد فيها المجتهدون لها وجوه كثيرة، واحتمالات متعدّدة، فيأخذ المجتهد بواحد منها، ثم إنه يترك ذلك الوجه لما هو أقوى»^(٢).

وهذا التفسير من الأسنوي (ت ٧٧٢هـ) يعني أن الأصل الذي يخرج عنه المجتهد بوجه أقوى إنما هو من الأمور التي هي محل اجتهاد، وقد يكون أصلاً مقررّاً عند المجتهد نفسه وليس مسلماً من قبل غيره، وإن الذي يخرج عن هذا الأصل هو المجتهد الذي توصل إليه وليس غيره.

وعلى تفسير الأسنوي (٧٧٢هـ) هذا يعسر علينا أن نفهم أن الأصل الذي يتركه المجتهد هو دائماً وجه من وجوه الاجتهاد،

(١) هو: أبو محمد عبدالرحيم بن الحسن بن علي الأسنوي الشافعي الملقب بجمال الدين. ولد بإسنا في صعيد مصر، وقدم إلى القاهرة وتلقّى علومه على عدد من علمائها، فانتهد إليه رئاسة الشافعية، ولي الحسبة ووكالة بيت المال، ثم اعتزل الحسبة. برع في التفسير والفقه والأصول والعربية والعروض، وكانت وفاته بمصر سنة ٧٧٢هـ.

من مؤلفاته: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في أصول الفقه، طبقات الشافعية، الكوكب الدري في تخريج الفروع الفقهية على المسائل النحوية، الهداية إلى أوهام الكفاية في فروع الفقه الشافعي.

راجع في ترجمته: الدرر الكامنة ٣/ ١٤٧، شذرات الذهب ٦/ ٢٢٣، معجم المطبوعات ١/ ٤٤٥، هدية العارفين ١/ ٥٦١، الإعلام ٣/ ٣٤٤، معجم المؤلفين ٥/ ٢٣.

(٢) نهاية السؤل ٣/ ١٧٠.

فكون الداخل إلى الجوف مما يفسد حفيقة الصوم، أو أن المعدوم لا يجوز بيعه ليس وجهها من وجوه الاجتهاد بالتفسير الذي ذكره، وهو «له وجوه كثيرة واحتمالات متعدّدة» مع أن تركه في بعض جزئياته كاستثناء أكل الناسي مثلاً، وجواز بيع السلم ثابت استحساناً بالنص عند الحنفية.

على أن الأمدي (٦٣١هـ) فسّره بقوله: إن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه^(١)، وعلى هذا التوجيه يدخل في الأحكام المتروكة ما لم يدخل في تفسير الأسنوي، فالثابت بالدليل الخاص أعم من أن يكون أمراً مجتهداً فيه.

وتعريف أبي الحسين لا يشمل التخصيص، لأنّه احترز عن إدخال العام في الوجه المتروك بقوله: (غير شامل شمول الألفاظ)، والعام في حقيقته من الألفاظ الشاملة^(٢)، فلا يكون تركه استحساناً، كما أنّه لا يشمل ترك الاستحسان بالقياس لاحترازه عن ذلك بقوله: (وهو في حكم الطارئ)، لأنّ القياس الذي يترك به الاستحسان ليس طارئاً، بل هو الأصل كمن قرأ آية سجدة في آخر سورة، فالاستحسان أن يسجد لها، ولا يجتزئ بالركوع، ومقتضى القياس الاكتفاء بالركوع، وقد قالوا - ههنا -

(١) الإحكام في الموضع السابق.

(٢) الإحكام للأمدي، والتلويح في الموضعين السابقين.

بالعدول عن الاستحسان إلى القياس^(١).

وذكر الأسنوي أنه على هذا التفسير: «يكون العدول عن حكم القياس إلى النص الطارئ عليه استحساناً وليس كذلك عند القائلين به»^(٢).

ونَقِيَّ الأسنوي هذا لا نعرف له وجهاً، لأنَّ العدول إلى النص الطارئ على القياس يعتبره الحنفية استحساناً أيضاً^(٣).

وكان من رأي القاضي البيضاوي أنَّ حاصل هذا التعريف يرجع إلى أن الاستحسان هو تخصيص العلة المعبر عنه بالنقض، وهو أمر لم ينفرد به الحنفية، وقد تعقَّبه الأسنوي مبيناً أن حاصله ليس كما قال البيضاوي بل كما قال الآمدي (وهو الرجوع عن حكم دليل لطرآن دليل آخر أقوى منه وهذا أعم من تخصيص العلة)^(٤)، وعلى كلا الوجهين اعتبر تخصيص العلة من باب الاستحسان، مع أن بعض علماء الحنفية كالبزدوي (ت ٤٨٢هـ)^(٥)،

(١) المصدران السابقان.

(٢) نهاية السؤل ١٧٠/٣.

(٣) أصول السرخسي ٢٠/٢.

(٤) نهاية السؤل في الموضع السابق.

(٥) هو: أبو الحسن علي بن محمد عبدالكريم بن الحسين البزدوي المعروف بفخر الإسلام، من كبار فقهاء الحنفية وأصوليهم ومحدثهم ومفسريهم بما وراء النهر. سكن سمرقند وفيها توفي سنة ٤٨٢هـ/١٠٨٩م. والبزدوي نسبة إلى بزدة وهي قلعة قريبة من نَسَف.

من مؤلفاته: المبسوط، وشرح الجامع الكبير في فروع الفقه الحنفي، =

والسرخسي (ت ٤٩٠هـ)^(١) وصدر الشريعة (ت ٧٤٧هـ)^(٢)، وغيرهم نفوا أن يكون الاستحسان من باب تخصيص العلة^(٣)، ولعلهم بذلك كانوا في غاية الحذر من أن يُدخلوا الاستحسان في باب تخصيص العلة، فتكون دائرة نقده أوسع مما هي عليه، ويفتحوا

= وشرح الجامع الصحيح، وكنز الوصول إلى معرفة الأصول في أصول الفقه. راجع في ترجمته: الجواهر المضيئة ٥٩٤/٢، مفتاح السعادة ٥٣/٢، هدية العارفين ٦٩٣/١، الأعلام ٣٢٨/٤، معجم المؤلفين ١٩٢/٧.

(١) هو: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، الملقب بشمس الأئمة، متكلم وفقه ومناظر. ويُعد في طبقة المجتهدين في المسائل في الفقه عند الحنفية. تخرج بعلماء مشهورين من أبرزهم شمس الأئمة الحلواني. توفي سنة ٤٩٠هـ. وقيل سنة ٤٨٣هـ.

من مؤلفاته: كتاب في أصول الفقه طبع باسم أصول السرخسي، وله أيضاً المبسوط في الفروع، وهو شرح للجامع الصغير، والمحيط في الفروع. راجع في ترجمته: الجواهر المضيئة ٧٨/٣، ومفتاح السعادة ٥٤/٢، والفتح المبين ٢٦٤/١، وتاج التراجم ص ٥٢، وهدية العارفين ٧٦/٢، ومعجم المطبوعات العربية والمعربة ص ١٠١٦.

(٢) هو عبيد الله بن مسعود بن محمود البخاري المحبوبي الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر، من فقهاء الأحناف وأصولييهم وجدلييهم إلى جانب كونه محدثاً ومفسراً ونحوياً ولغوياً وأديباً ومنطقياً. توفي سنة ٧٤٧هـ.

من مؤلفاته: التوضيح في حل غوامض التنقيح في أصول الفقه، والوشاح في المعاني والبيان، وشرح الوقاية في الفقه الحنفي، وكتاب تعديل العلوم. راجع في ترجمته: مفتاح السعادة ٥٩/٢ و ٦٠، كشف الظنون ٤٩٦/١، وهدية العارفين ٦٤٩/١، معجم المطبوعات ١١٩٩/٢، الأعلام ١٩٧/٤، معجم المؤلفين ١٤٦/٦.

(٣) كنز الوصول إلى معرفة الأصول للبزدوي ص ٢٧٦، ٢٨١، وأصول السرخسي ٢٠٤/٢، والتوضيح ٨٨-٨٥/١.

بذلك بابا جديداً من النقد الموجه إلى الاستحسان.

وكان وجه التفريق عندهم، أنّ علة القياس، عندما يعارضه الاستحسان، لا تكون موجودة أصلاً، إذ الوصف في القياس ليس بعلة عند وجود المعارض الأقوى، فانتفاء الحكم في صورة القياس مبنيّ على هذا، أما في تخصيص العلة فإنّ العلة تكون موجودة ولكن وجد مانع فلم يترتب عليها حكمها^(١).

على أنهم - أيضاً - رفضوا الأخذ بفهم الأكثرين في تخصيص العلة، وقالوا: إنّ العلة لا تكون موجودة حقيقة عند وجود المانع، معتبرين عدم المانع ركناً أو شرطاً في العلة، فعند وجوده لا تكون العلة موجودة، لا أنها موجودة وأن المانع إنما منع من ترتب الحكم عليها^(٢).

هذا ما قالوه في تفسير تعريف أبي الحسين البصري، وما عقبنا به على أقوالهم ونضيف إلى ذلك أن التعريف، خلافاً لما ذكره الآمدي^(٣)، ليس جامعاً مانعاً، بل إنّّه قد نصّ على إخراج التخصيص وعلى أنّ الوجه المتروك هو وجه من وجوه الاجتهاد، وسبق لنا أن بيّنا أن بعض أنواع التخصيص ليست خارجة عن الاستحسان، كما أنّ المتروك ليس دائماً هو وجه من وجوه الاجتهاد، بل قد يكون نصّاً لا مساغ فيه للاجتهاد كما في

(١) أصول السرخسي ٢/٢٠٤، والتوضيح لصدر الشريعة ٢/٨٥-٨٨.

(٢) المصدران السابقان.

(٣) الإحكام ٤/١٢٨.

استحسان الشارع.

٨- وقال ابن العربي المالكي (ت ٥٤٣هـ)^(١): الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضاته^(٢).

ومزية هذا التعريف أنه صرح بأن الاستحسان رخصة يؤخذ بها استثناء من مقتضى الدليل. وهو فهم جيد لهذا الدليل. وشبهه به ما ذكره ابن رشد (ت ٥٩٥هـ)^(٣) من أن: الاستحسان الذي يكثر

(١) هو القاضي أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد المالكي المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي الإشبيلي، الحافظ الفقيه الأصولي المفسر الأديب. تلقى علومه في بداية أمره، في أشبيلية، ثم رحل إلى المشرق فأخذ العلم عن طائفة من علمائه ومن مختلف الأقطار. ولي قضاء أشبيلية فترة ثم صرف عنه، فتفرغ للعلم. توفي في مراكش، وحمل ميتاً إلى مدينة فاس، ودفن بها سنة ٥٤٣هـ.

من مؤلفاته: المحصول في علم الأصول، وأحكام القرآن. وعارضة الأحوذ في شرح الترمذي، والعواصم من القواصم، ومشكل القرآن والسنة، وغيرهما. راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٢٣/٣، وشجرة النور الزكية ١/١٣٦، والأعلام ٦/٢٣٠، والفتح المبين ٢/٢٨.

(٢) المحصول ص ١٣٢، والاعتصام ١١٩/٢، والموافقات ٢٠٧/٤.

(٣) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي القرطبي الغرناطي المالكي، الشهير بالحفيد، والملقب بقاضي الجماعة. فيلسوف وفقيه وطبيب وأصولي، ومسهّم في علوم كثيرة، ومتفنن في التأليف، كان مرجعاً في الطب، كما كان مرجعاً في الفتوى، اتهم بالزندقة والإلحاد فنفي إلى مراكش، ثم عفي عنه، فعاد إلى بلده. مات سنة ٥٩٥هـ.

من مؤلفاته: التحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، فصل المقال فيما =

استعماله حتى يكون أعمّ من القياس هو أن يكون طرحاً لقياس يؤدّي إلى غلوّ في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه، في بعض المواضع، لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع^(١).

٩- وقيل: هو العدول إلى خلاف الظن لدليل أقوى^(٢). وهذا التعريف، وإن كان لانزاع فيه، إلّا أنه لا يعطي صورة واضحة عن الاستحسان.

١٠- وقال صدر الشريعة: إنه دليل يقابل القياس الجليّ الذي تسبق إليه الإفهام. وذكر أن بعض الناس تحيّرُوا في تعريفه، وأنّ ما قاله هو التعريف الصحيح^(٣). وهذا الذي قاله أكثر شمولاً مما ذكره بعضهم من أنه القياس الخفي، إذ القياس الخفي ليس إلا نوعاً منه، غير أنّنا مع ذلك نرى أن التعريف المذكور لا يُعطي صورة صحيحة عن الاستحسان^(٤).

= بين الحكمة والشريعة من الاتصال، والضروري في أصول الفقه، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد وغيرها.

راجع في ترجمته: الديباج المذهب ص ٢٨٤، وشذرات الذهب ٤/٣٢٠، والأعلام ٥/٣١٨، والفتح المبين ٢/٣٨.

(١) الموافقات، والاعتصام في الموضوعين السابقين.

(٢) التلويح ٨١/٢.

(٣) التوضيح ٨١/٢.

(٤) ومما نقل عن محمد بن خويز منداد أنه عرّفه بأنه: الأخذ بأقوى الدليلين، وقال إنه الذي نسب إلى أصحاب مالك. ومعنى ذلك أن يتعارض دليلان فيأخذ بأقواهما. وذكر من أمثلته تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر للسنّة الواردة، في ذلك، وتخصيص الرعاف، دون القيء، بالبناء، =

المطلب الثاني

تعقيب على التعاريف

تلك طائفة من تعاريف الاستحسان ترددت في كتب الأصول، وقال كلاً منها عالم من مذهب معين، وقد آثرنا أن نكثر من تعاريف الأحناف ثم المالكية، لكون الاستحسان ورد مقترناً بهذين المذهبين. والذي يبدو لنا أن تعدد هذه التعاريف، في الغالب، إنما كان يعود إلى أن الذين عرفوا الاستحسان نظروا إليه من زوايا بعض الفروع التي تأملوها. فجاءت تعاريفهم متلازمة مع نظراتهم الجزئية. ولو أنهم نظروا إليه كنظرية قائمة بذاتها، وكمفهوم كليّ يتحقق في أفرادهِ عند تحقق معنى من المعاني يثبت بالأدلة، لكانت تعاريفهم أكثر التقاء. ولكننا - مع ذلك - نجد بين هذه التعاريف نقاط التقاء. فهي تكاد تتفق جميعاً على أنّ في الاستحسان تركاً، وإن كانت وسائل التعبير مختلفة، فمنها ما عبّر بالترك ومنها ما عبّر بالعدول، ومنها ما عبّر بالتخصيص أو أية وسيلة أخرى تؤدي هذا المعنى.

= للسنّة الواردة في ذلك. وقد اعترض أبو الوليد الباجي على ذلك، وذكر أن هذا ليس هو الاستحسان، وإنما هو الأخذ بما ترجّح من الدليلين المتعارضين. (انظر: الحدود للباجي ص ٦٥، وأحكام الفصول للباجي بتحقيق عبدالمجيد تركي ص ٦٨٧، فقرة ٧٤٩. وانظر تعريفات آخر في: أدب القاضي للماوردي ٦٥٠/١ و٦٥١).

أما الخلاف بينها زيادة ونقصاً فيعود إلى الدليل الذي تمّ به العدول أو ترك القياس على حدّ تعبيرهم. فمن ذكر المصلحة أشار إلى نوع من أنواع الاستحسان، أو إلى أحد الأدلة المعتمدة عنده، والتي يمكن اللجوء إليها للعدول عن حكم القياس أو القاعدة المقررة. ومن ذكر القياس الأقوى أشار إلى نوع آخر من أنواع الاستحسان، وهو عنده قياس أيضاً، ولكنه أكثر تأثيراً سمّاه القياس الخفي.

ومن ذكر الدليل الأقوى كان كلامه أكثر شمولاً؛ لأن الدليل الأقوى قد يكون نصّاً أو مصلحة أو ضرورة أو قياساً أو إجماعاً أو غير ذلك. ومن المؤسف أن الأصوليين لم يُعبروا المعنى الذي يتحقّق به الاستحسان اهتماماً، وإنما اكتفوا بالتعاريف التي تعطيها الناحية الشكلية، وهي استثناء جزئية من حكم دليل أو قاعدة، ولم يبحثوا - إلا قليلاً منهم - عن المعنى المشترك الذي يربط بين الأدلة التي يتحقّق بها هذا الاستثناء. نعم ورد في بعض الكتب الفقهية، وقليل من كتب الأصول، شيء عن ذلك، ولكن لم تُعرّ له الأهمية التي يستحقّها. فهذا السرخسي يقول: (كان شيخنا الإمام يقول: الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس^(١)). وقيل: الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يُبتلى فيه الخاص والعام. وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة وقيل: الأخذ

(١) وهذا ما اختاره السيد الشريف الجرجاني في (التعريفات) ص ١٣.

بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة^(١). ثم يعقّب على ذلك بقوله: (وحاصل هذه العبارات إنه ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين. قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وقال ﷺ: لعليّ ومعاذ رضي الله عنهما حينما وجههما إلى اليمن يسرا ولا تعسرا قربا ولا تنفرا... إلخ^(٢).

ولكن السرخسي نفسه لم يذكر واحداً من هذه التعاريف فيما ألفه في الأصول، ولا حاول أن يكشف عن هذا المعنى المشترك بين الأدلة التي يتحقّق بها العدول، مع أن هذه التعاريف التي ذكرها في المبسوط هي أوفق ما يمكن أن يتّصف به الاستحسان، وهي الكاشفة عن لبّه وفحواه. ومن هذا ما ذكرناه من تعاريف لبعض علماء المالكية. فقول ابن رشد إن الاستحسان - طرح لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع، أو قول ابن عربي: إنه ترك على طريق الاستثناء والترخص، فيهما تقرير لحقيقة الاستحسان، وتبيان لبواعثه التي

(١) المبسوط ١٤٥/١٠.

(٢) حديث صحيح رواه أحمد ومسلم والبخاري والنسائي عن أنس. (انظر: الجامع الصغير ٢/٢٠٥، ٢٠٦) ونذكر هنا أن التعريفات التي أوردها السرخسي في المبسوط، وإن كانت بعيدة عن فن التعريف، لكنها تكشف عن لب الاستحسان، والمعنى الجامع فيه. وقول الشيخ محمد تقي الحكيم، بسخرية، إنها أقرب إلى تسجيعات الأدباء التي كان يراعى فيها إخضاع المعنى للمحسنات البديعية (أصول الفقه المقارن ص ٣٦١ فيه نظر قاصر، وبعد عن العمق والتأمل.

هي التخفيف ورفع الحرج. قال الشاطبي: (وكثيراً ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي. فيكون إجراء القياس مطلقاً في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد^(١)، فيستثنى موضع الحرج وكذلك في الحاجي مع التكميلي^(٢)، أو الضروري مع التكميلي^(٣). إن الذي يتضح لنا من النظر في التعاريف التي قيلت في الاستحسان، وما ذكره عنها، إن العلماء متفقون على الناحية الشكلية منه، وهي استثناء جزئية من انطباق حكم الدليل الكلي عليها، قاعدة كان أو قياساً، ولكنهم لم يبدوا اهتماماً بما يدفع إلى هذا الاستثناء، وإنما نسبوه إلى الأدلة التي أثبتته. ونوعوه بحسب اختلافها، مع أن الأدلة التي يتنوع بتنوعها الاستحسان يجمعها خيط واحد. هو التخفيف ورفع الحرج كما سيتضح لنا ذلك بوضوح من خلال دراسة هذه الأنواع وتحليل بعض الأمثلة التي ذكروها لها.

وإذا كان هذا هو شأن الاستحسان فينبغي أن يُنصَّ على هذه الحقيقة في التعريف. وحيث كنا، في مناقشة تعاريف الاستحسان،

(١) كاشتراط العدالة في الشهادة دفعت إليه ضرورة المحافظة على الأنفس، فتعميمه في بلد لأعدل فيه يؤدي إلى مشقة وحرج، فرُخص في تركه.

(٢) كاشتراط العدالة في الولاية فهو حاجي، وتعميمه في الأوصياء يؤدي إلى الحرج.

(٣) كالمنع من النظر إلى الأجنبية دفعت إليه ضرورة المحافظة على العرض، ولكن طرد ذلك يؤدي إلى الحرج فأبيح النظر للطبيب. انظر: الموافقات ٤/

لاحظنا أن تعريف الكرخي أشمل تلك التعاريف وأبينها فإننا لا نجد بأساً في الأخذ به، إذا قيّدناه بما اتضح لنا من دراسة أمثلة الاستحسان ومناقشتها.

فالاستحسان: هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلاقه، لوجه يقتضي التخفيف ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم.

وبهذا التعريف نكون قد جمعنا بين ناحيتي الاستحسان الشكلية والموضوعية، فأخذنا من الكرخي (ت ٣٤٠هـ) ناحيته الشكلية ومن السرخسي (ت ٤٩٠هـ) ناحيته الموضوعية.



المبحث الثاني

موقف الصحابة والأئمة من الاستحسان

إذا فهمنا أنَّ الاستحسان هو معالجة لغلوّ اطراد القياس الظاهر وجوره، فإننا نجد أنَّ هذه المعالجة موجودة أساساً مع التشريع، وأنَّ من نصوصه ما استثنى بعض الجزئيات من حكم القواعد الكلية، أو سريان حكم النصوص العامة عليها. تارةً من القرآن نفسه، وتارةً من أحاديث الرسول ﷺ. كما سيتضح ذلك عند بياننا للاستحسان بالنص. كما أننا نجد أن الصحابة أنفسهم لجؤوا إلى هذه المعالجة، اقتداءً بطريقة الشارع في ذلك. وتطبيقاً لمبادئ الشريعة السمحاء الآمرة بالعدل، والداعية إلى التيسير والتخفيف ورفع الحرج، وسار على طريقتهم التابعون وأئمة المذاهب. وسنذكر فيما يلي بعض تلك الأحكام الثابتة بهذا الطريق من قبلهم.

١- تشريك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في المسألة المعروفة عند الفرضيين: (المسألة المشتركة). فعن مسعود بن الحكم قال: أتى عمر^(١) في زوج وأم وأخوة لأم وأخوة لأب وأم

(١) هو: أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزّي ثاني الخلفاء الراشدين وأحد المقرّبين من أصحاب رسول الله ﷺ. كان إسلامه فتحاً على المسلمين، وكان هو أحد العمرين اللذين دعا رسول الله ﷺ ربّه أن =

فأعطى الزوج النصف وأعطى الأم السدس وأعطى الثلث الباقي للأخوة للأم دون بني الأب والأم. فلما كان من قابل أتى فيها فأعطى الزوج النصف والأم السدس وشرك بني الأم وبني الأب والأم في الثلث. قال: إن لم يزداهم الأب قريباً لم يزداهم بعداً. فقام إليه رجل فقال: يا أمير المؤمنين شهدتك عام الأول قضيت فيها بكذا وكذا. فقال عمر: تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا^(١) وذكر بعضهم أن عمر حينما أراد أن يقضي في العام التالي بمثل ما قضى به في العام الذي سبقه، قال له زيد بن ثابت: هب أباهم كان حماراً فما زادهم الأب إلا قريباً^(٢).

وكان مقتضى القياس أو القاعدة المقررة عند فقهاء السنة أن يسقط الأخوة الأشقاء، لكونهم عصبية، إذ إن العصبية يأخذون الباقي بعد أصحاب الفروض، ولم تُبقِ الفروض لهم شيئاً. وهو ما أخذ به عمر بن الخطاب أولاً، كما أنه مذهب الإمامين أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وأحد قولين عند الشافعية وإحدى الروايتين عن زيد بن ثابت^(٣).

= يعز الإسلام بأحدهما. تولى الخلافة بعد أبي بكر رضي الله عنه وبقي فيها عشر سنين وعدة أشهر، وكانت وفاته سنة ٢٣هـ قتلاً بيد أبي لؤلؤة المجوسي.

راجع في ترجمته: الإصابة ٥٨٨/٤، الفتح المبين ٤٩/١، شذرات الذهب ٣٣/١.

(١) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر النمري ٧٣/٢ و٧٤.

(٢) الفوائد الشنشورية في شرح الرحبية ص ١٢٧.

(٣) المصدر السابق. وزيد بن ثابت هو أبو خارجة زيد بن ثابت بن الضحّاك

الأنصاري أحد كتاب الروحي، وفيه قال النبي ﷺ أفرضكم زيد. ولد في

المدينة ونشأ في مكة. وهو أحد الذين جمعوا القرآن. توفي سنة ٤٥هـ. =

غير أن عمر بن الخطاب لاحظ بعد ذلك، أن تطبيق قاعدة التعصيب في هذه الجزئية ينبني عليه نوع من الحيف أو الجور، فترك حكم هذه القاعدة وورث الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في الثلث، لأن الأخوة الأشقاء لا يقلّون قرابة عن الأخوة لأم، بل أنهم أمسّ قرابة منهم.

وحكم عمر ومن تابعة من الصحابة رضوان الله عليهم في هذه المسألة، استحسان مقيم للعدالة ومعالج لغلوّ القياس، ودافع للخرج كما هو بيّن^(١). وبرأيه هذا أخذ الإمام الشافعي في المشهور عنه، والإمام مالك بن أنس، ومحمد بن سيرين وغيرهم^(٢). وقد قال العنبري عن هذا الحكم: القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر^(٣). وقال الخبري: وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة^(٤).

= راجع في ترجمته: شذرات الذهب ٥٤/١، والأعلام ٥٧/٣، وتاريخ التشريع للشيخ علي السائس وجماعته ص ١٢٦.

(١) المدخل الفقهي العام ٩٦/١.

(٢) الدرّة البهية بتحقيق مباحث الرحبة ص ٩١ بتحقيق محي الدين عبدالحميد. وابن سيرين هو ابو بكر محمد بن سيرين البصري. من أئمة التابعين والفقهاء البصريين. روى عن أبي هريرة وعبدالله بن عمر وعبدالله بن الزبير رضي الله عنهم وغيرهم. وروى عنه كثيرون. كان بزازاً وفي أذنه صمم. اشتهر بتعبير الرؤيا توفي سنة ١١٠هـ بالبصرة.

من مؤلفاته المنسوبة إليه تعبير الرؤيا.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٣٢١/٣، وشذرات الذهب ١٣٨/١، والأعلام ١٥٤/٦.

(٣) المغني لابن قدامة ١٨٢/٦.

(٤) المصدر السابق.

٢- تأجير عمر رضي الله عنه أرض السواد بأجرة مؤبدة معدومة مجهولة المقدار، مع أن القياس عدم جواز ذلك. ولكن عمر ترك القياس لما في تركه من المصلحة العامة المؤبدة^(١).

٣- حكم الصحابة بأرث المرأة التي طلقها زوجها في مرض الموت. مع أن الأصل المقرر أن لا أرث إلا بقيام السبب. وإرث الزوجة بسبب قيام العلاقة، وفي الطلاق قد انتهت العلاقة فلا ميراث^(٢)، ولكنهم ورثوا زوجة المريض مرض الموت. وإن كانت مطلقة، استثناء من هذا الأصل^(٣).

٤- ومما يدخل في ذلك طائفة من العقود والمعاملات المتعارف عليها، والمخالفة للقواعد العامة، من اشتراط العلم بالمعقود عليه، ونفي الجهالة عنه، ومن ضرورة وجوده، أو عدم جواز بيع المعدوم، وغير ذلك من الأمور المستثناة من القواعد العامة أو الأقيسة، لحاجة الناس إليها، تيسيراً وتخفيفاً عنهم، وهي كثيرة ومن الأمور التي أجازها الجمهور، أو أجمع عليها:

أ- الشرب من فم السقاء.

(١) قواعد الأحكام ١٥٦/٢-١٥٧.

(٢) وقد ذكر أن الصحابة قد أجمعوا على هذا الحكم، بعد قضاء عثمان بن عفان (ت ٣٥هـ)، وهو مذهب الحنفية خلافاً للشافعية.

وقد ذكر ابن الهمام أن هذا الحكم ثابت بالقياس أيضاً (فتح القدير ١٥١/٣) فاعتباره من قبيل الاستحسان بناءً على التأويل المذكور بعده.

(٣) مبادئ نظام الحكم في الإسلام لعبد الحميد متولي ص ١١٧.

ب- بيع المعاطاة.

ج- الاحتجام بأجرة محدّدة.

فهذه الأمور وأمثالها، جرى التعامل بها، مع مخالفتها للقياس، وهي وما قبلها كلها أمثلة للاستحسان، بحسب ما اصطلاح عليه العلماء فيما بعد.

ولكن لم يرد عن الصحابة والتابعين إطلاق لفظ الاستحسان على الأحكام المتقدمة، إذ لم يرد استخدام هذا اللفظ في الدلالة على المعنى الأصولي إلا في مطلع القرن الثاني الهجري ولكن دون تحديد لمعناه، وبيان للمراد منه، والحالات التي يقع فيها. ومن أوائل العبارات ما روي عن إياس بن معاوية بن قرّة (ت ١٢٠هـ)^(١) إنه كان يقول: قيسوا للقضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا^(٢). كما تردّد هذا المصطلح على ألسنة العلماء كمعارض للقياس منذ عهد الإمام أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ)؛ ولكن لم يرد عنه تحديد هذا الاستحسان. ولا بيان معنى القياس الذي يعارض به ولا بيان الضوابط التي ينبغي تحقيقها فيهما. وإنما وردت عبارات مطلقة على لسانه في مجلس الدرس، جعلها عنواناً على دليل بنفسه كقوله في شأن الرجم: أنا أثبتنا الرجم

(١) هو القاضي إياس بن معاوية بن قرّة المزني أحد من عرف بالذكاء والفطنة، وضرب به المثل فقيل (أذكى من إياس). ولي القضاء بالبصرة في عهد الخليفة عمر بن عبدالعزيز، وقد أورد ابن خلكان طائفة من الوقائع التي تدل ذكائه وقطنته. توفي في واسط سنة ١٢٢هـ.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ١/٢٢٣، والأعلام ٢/٣٣.

(٢) العدة ٥/١٦٠٦، والتمهيد لأبي الخطاب ٤/٩١.

بالاستحسان على خلاف القياس^(١) وقوله على ما نقله عنه محمد ابن الحسن (ت ١٨٩هـ)^(٢) في الجامع الكبير: لو شهدوا بالزنا فقضي بجلده فلم يكمل الحدّ، أو كمل ثم شهد شاهدان بالإحصان فالقياس أن يرجم، ويُذَرَأُ عنه الرّجم، وما بقي من الحدّ استحساناً^(٣).

وكان أبو حنيفة في ذلك لا يُجَارَى حتى قال محمد بن الحسن رحمته الله: «إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس، فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد»^(٤) وسلك تلاميذه، من بعده، الطريق الذي سلكه، مع براعة نادرة، ولكن لم يقولوا شيئاً يُفهم منه تحديد هذا الاستحسان، كما هو معهود في اصطلاحات الأصوليين في الأزمنة المتأخرة، بل جاءت عنهم عبارات مطلقة، كقول

(١) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٣٠.

(٢) هو أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صاحب الإمام أبي حنيفة ومدوّن المذهب، صاحب الإمام أبا حنيفة، وأخذ عنه الفقه، ثم عن أبي يوسف، التقى الإمام الشافعي في بغداد وناظره، كان مقدّماً في الفقه والعربية والحساب، ولي القضاء بالرقّة ثم بالري في عهد الخليفة هارون الرشيد. وكانت وفاته بالرّي سنة ١٨٩هـ، وقيل سنة ١٨٧هـ.

من مؤلفاته: كتب ظاهر الرواية المعتمدة في المذهب الحنفي، وهي الجامع الكبير، والجامع الصغير، والسّير الكبير والسّير الصغير، والمبسوط والزيادات. وله كتب غيرها.

راجع في ترجمته: الجواهر المضيئة ٣/ ١٢٢، ووفيات الأعيان ٣/ ٣٢٤، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٥.

(٣) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي في الموضع السابق.

(٤) أبو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٤٢، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ١٢.

أبي يوسف^(١) فيمن زنى بأمة فقتلها: أني استحسّن أن ألزمه الدية ولا أحده^(٢). وقد ردّد محمد بن الحسن لفظ الاستحسان - واستحسن أكثر من مرّة، وذكر في الجامعين الصغير والكبير نماذج متعدّدة منه^(٣). بل عدّه، على ما نقله ابن عبد البرّ، من جملة شروط الاجتهاد^(٤) ولكنه لم يذكر له حدّاً ولا ضابطاً. كما روي أن الأمام مالكا جرى على لسانه هذا اللفظ فعن أصبغ^(٥) أنّه قال: سمعت

(١) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة، من الفقهاء والأصوليين المجتهدين، وإلى جانب ذلك فهو محدّث وحافظ وعالم بالتفسير والمغازي وأيام العرب. تفقه على الإمام أبي حنيفة، وروى عنه محمد بن الحسن وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين. تولّى القضاء لثلاثة من خلفاء بني العباس، هم: المهدي والهادي والرّشيد. ودعي بقاضي القضاة. توفي في بغداد سنة ١٨٢هـ. من آثاره: كتاب الخراج، وأدب القاضي، واختلاف الأمصار، وكتاب البيوع وغيرها.

راجع في ترجمته: الجواهر المضية ٦١١/٣، والفهرست ص ٢٨٦، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٤، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ٩٠، والفتح المبين ١٠٨/١، ومعجم المؤلفين ٢٤٠/١٣.

(٢) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٣١.

(٣) المصدر السابق.

(٤) جامع بيان العلم وفضله ٦١/٢.

(٥) هو أبو عبدالله أصبغ بن الفرّج بن سعيد. من فقهاء المالكية. كان صدوقاً ثقة حسن القياس نظاراً من أفقه من في طبقتة. تفقه بابن القاسم، وابن وهب، وأشهب. وكان كاتباً لابن وهب. وتفقه عليه طائفة من فقهاء المالكية البارزين كابن المواز وابن حبيب وأبي زيد القرطبي. وروى عنه الذهبي والبخاري وأبو حاتم الرازي. ويشهد لعلو منزلته قول ابن الماجشون: ما أخرجت مصر =

ابن القاسم^(١) يقول: ويروى عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان^(٢). وبالح أصبغ في ذلك حتى قال: (إنَّ المُعْرِقُ فِي القياس يكادُ يفارقُ السنة). و(إنَّ الاستحسان عماد العلم)^(٣). وعلى فرض صحّة الرواية عن مالك يكون هذا الإمام قد استعمل لفظ الاستحسان في الوقت الذي استعمله أبو حنيفة وتلاميذه، وقد أفتى بمقتضاه في مسائل عدّة كتضمن الصنّاع المؤثرين في الأعيان

= مثل أصبغ. قيل له: ولا ابن القاسم؟ قال: ولا ابن القاسم. توفي سنة ٢٢٥هـ، وقيل سنة ٢٢٦هـ.

من آثاره: كتاب الأصول، وتفسير حديث الموطأ، وكتاب أدب الصيام، وكتاب المزارعة، وكتاب آداب القضاء وغيرها. راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٢١٧/١، شجرة النور الزكية ص ٦٦، والديباج المذهب ص ٩٧.

(١) هو أبو عبد الله عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العُتقى المصري. كان من أصحاب مالك البارزين، صحبه عشرين عامًا، ونقل عنه الكثير من آرائه، وهو صاحب المدوّنة في مذهب مالك، وعنه أخذها سحنون. جمع بين الزهد والعلم. قال عنه أبو زرعة: مصري ثقة رجل صالح. وكان ميسور الحال. أنفق أموالاً كثيرة في طلب العلم. أخذ عنه أصبغ وسحنون وآخرون. توفي في مصر سنة ١٩١هـ.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٣١١/٢، والأنتقاء ص ٥٠، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٥٠، وشذرات الذهب ٣٢٩/١، الأعلام ٣٢٣/٣.

(٢) الموافقات ٢٠٩/٤، والاعتصام ١١٨/٢، والإحكام لابن حزم ٧٥٧/٦، والبحر المحيط ٨٨/٦ وهذا ينفي ما نقل عن القاضي عبدالوهاب المالكي (ت ٤٢٠هـ) من أنه قال: لم ينص عليه مالك، وكتب أصحابنا مملوءة منه كابن القاسم وأشهب وغيرهما. (شرح الكوكب المنير ٤٢٨/٤ و ٤٢٩).

(٣) الموافقات ٢١٠/٤، والاعتصام في الموضع السابق.

بصنعتهم، وتضمنين الحمّالين للطعام والأدام دون غيرهم، إلى غير ذلك من المسائل^(١) التي تدلّ على أخذه بالاستحسان، وعلى أنّ إنكار القُرْطُبي وزعمه أن الاستحسان ليس معروفاً في مذهب مالك هو وهم منه^(٢)، غير أننا لم نجد لهذا الإمام تحديداً لهذا الاستحسان ولا بياناً لضوابطه.

ومثل ذلك يقال عن الإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤٠هـ)^(٣). فقد ورد عنه في رواية الميموني (ت ٢٧٤هـ)^(٤)، أنّه قال: استحسن أن

(١) شرح تنقيح الفصول ٢/٢١٧، والاعتصام ٢/١٢١.

(٢) إرشاد الفحول ص ٤٠١، وقد ذكر القرافي في شرح تنقيح الفصول أن العراقيين من أتباع مالك أنكروا الاستحسان ولم يأخذوا به، ولم يأخذ به إلا بعض البصريين. لاحظ ٢/٢١٧ من هذا الكتاب.

(٣) هو أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المروزي البغدادي. أحد أئمة المذاهب الفقهية السنية الأربعة. ولد في بغداد ونشأ فيها، وتلقى علمه على مشايخها في الفقه والحديث وسائر العلوم. تنقل بين بلدان كثيرة، والتقى فيها العلماء. ضرب وعذب بسبب صلابته موقفه في وجه المعتزلة المنبرين لفتنة القول بخلق القرآن. وكان إلى جانب ذلك ورعاً زاهداً. قال الشافعي رحمته الله: خرجت من بغداد. وما خلفت فيها أفقه، ولا أروع، ولا أزهد من ابن حنبل توفي رحمته الله سنة ٢٤١هـ.

من آثاره: المسند في الحديث، والناسخ والمنسوخ، وكتاب الزهد، والجرح والتعديل، وغيرها.

راجع في ترجمته: طبقات الحنابلة ١/٤-٢١، والمنهج الأحمد ١/٥١-١٠٩، وشذرات الذهب ٢/٩١، والفتح المبين ١/١٤٩.

(٤) هو عبدالملك بن عبدالحميد بن مهران الميموني الرقي. من أصحاب الإمام أحمد لازمه سنين كثيرة، وروى عنه الكثير. توفي سنة ٢٧٤هـ. انظر ترجمته في: طبقات الحنابلة ١/٢١٢، وشذرات الذهب ٢/١٦٥.

يُتِمَّم لكل صلاة، والقياس أنه بمنزلة الماء حتى يحدث، أو يجد الماء^(١)، وقال في رواية بكر بن محمد^(٢) فيمن غصب أرضاً فزرعها، الزرع لرب الأرض، وعليه النفقة، وليس هذا بشيء يوافق القياس، لكن استحسن أن يدفع إليه النفقة^(٣) وغير ذلك من الروايات.

ويبدو ممّا ذكره الجصاص^(٤) أنّ تصوّر هؤلاء العلماء للاستحسان كان واسعاً. فقد ورد عنه ما يفيد أن الاستحسان يكتنفه معنيان أحدهما ما ذكرناه، وآخرهما يعني الاجتهاد في تطبيق النصّ الشرعي وتحديد مناطه. قال: «الاستحسان يكتنفه معنيان

(١) التعبير شرح التحرير ٣٨١٨/٨، وشرح الكوكب المنير ٤٢٧/٤، وقاعدة في الاستحسان لابن تيمية ص ٥٧، والعدة ١٦٠٤/٥.

(٢) هو أبو أحمد بكر بن محمد النسائي الأصل، البغدادي النشأة، من أصحاب الإمام أحمد، روى عنه مسائل كثيراً ولم نعلم تاريخ وفاته.

(٣) التعبير شرح التحرير ٣٨١٨/٨، وشرح الكوكب المنير ٤٢٧/٤، ٤٢٨، وقاعدة في الاستحسان ص ٥٨، والعدة ١٦٠٥/٥.

(٤) هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي المعروف بالجصاص، من الفقهاء المجتهدين ورد إلى بغداد شاباً ودرس وجمع وتفقه على أبي الحسن الكرخي، وأبي سهل الزجاجي، وكان على جانب كبير من الزهد والورع. توفي في بغداد سنة ٣٧٠هـ.

من مؤلفاته: الفصول في الأصول، وشرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن، وشرح مختصر الطحاوي، وأحكام القرآن، وغيرها.

راجع في ترجمته: الفهرست ص ٣٩٣، والجواهر المضيئة ٢٢٠/١، ومفتاح السعادة ٥٢/٢، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٤، والأعلام ١٧١/١، ومعجم المؤلفين ٧/٢.

أحدهما استعمال الاجتهاد وغلبة الرأي في إثبات المعاني الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا، نحو تقدير متعة المطلقات. قال تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْوُسْعِ قَدْرَهُ، وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ، مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فأوجبها على مقدار يسار الرجل وإعساره. ومقدارها غير معلوم إلا من جهة أغلب الرأي وأكبر الظن^(١). . . قال تعالى: ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وتعديلهما والحكم بتزكيتهما غير ممكن إلا من طريق الاجتهاد، ونظائره في الأصول أكثر من أن تُحصى. وإنما ذكرنا منها مثلاً يُستدل به على نظائره. فسمي أصحابنا هذا الضرب من الاجتهاد استحساناً^(٢).

ثم قال: «وأما المعنى الذي قسمنا عليه الكلام بدلياً في ضربي الاستحسان فهو ترك القياس إلى ما هو أولى منه .. إلخ»^(٣).

واقصر كلام المتقدمين من الحنابلة على نسبة القول بالاستحسان إلى الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ)، وعلى ذكر بعض الأحكام التي استحسناها، ولم يتحدّد معناه، عندهم، إلا بعد أن وضع عند غيرهم، وتأولوا ما ورد عن الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ) رحمته الله من القول بالاستحسان، كما نقل ذلك القاضي يعقوب^(٤)،

(١) الفصول ٢٣٣/٤.

(٢) الفصول في الموضع السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) هو أبو علي يعقوب بن إبراهيم البرزبيني من قرية (عكبرا). دخل =

بأنَّ المقصود به أن يترك الحكم إلى حكم أولى منه^(١).

وحيث كان الاستحسان بهذه الكيفية فقد أصبح مثار خلافٍ بين العلماء، وغدا الآخذون به عرضة لهجمات مريرة حتى من أساطين الفقهاء لأنهم تصوّروه قولاً من غير دليل، ورأياً يستحسنه المجتهد بعقله^(٢)، وتشهيه بل زعم بعضهم أن أبا حنيفة عرّفه بما يقرب من هذا^(٣).

= بغداد، وصحب القاضي ابا يعلى، وقرأ عليه. تولّى القضاء في باب الأزعج، قال ابن عقيل: كان أعرف قضاة الوقت بأحكام القضاء والشروط. توفي سنة ٤٨٦هـ.

من كتبه: التعليقة في الفقه.

راجع في ترجمته: الذيل على طبقات الحنابلة ١/٧٣.

(١) روضة الناظر ص ١٦٧ بتحقيق السعيد، والتمهيد لأبي الخطاب ٤/٩٠، وشرح مختصر الروضة ٣/١٩٧، وقواعد الأصول ومعاهد الفصول لعبدالحق البغدادي ص ٧٧. وقد ذكر ابن قدامة في روضة الناظر، أن للاستحسان ثلاثة معان، هي:

أحدها: إنَّ المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها للدليل خاص من كتاب أو سنة. وهذا مما لا ينكر، أو أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه.

الثاني: أن يستحسنه المجتهد بعقله. وهذا باطل.

الثالث: أن يراد به أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد، لا يقدر على التعبير عنه، وهو باطل أيضاً.

انظر: روضة الناظر بتحقيق د. عبدالعزيز السعيد ص ١٦٧.

(٢) المستصفى ١/٢٧٤، والبحر المحيط ٦/٩٣.

(٣) أصول الفقه لابن مفلح ٤/١٤٦٣ وقال: وهو نقل باطل، والبحر المحيط ٦/٩٣

وقد صوّب الزركشي ما قاله الشيرازي من نسبة ذلك إلى الإمام أبي حنيفة.

ولم يكن الإنكار منصباً على اللفظ، بل على الدليل نفسه. قال الغزالي (ت ٥٠٥هـ) في المنحول: «إن أبا حنيفة لم يف بموجبه حتى أتى بالعجائب والآيات وسمّاه استحساناً. واتّهمه بأنّه يُحلّ سفك دماء المسلمين بالخيال»^(١).

ولكنّ علماء الأحناف بعد ذلك، وضّحوا هذا الدليل وهذبوه بالأمثلة وبيّنوا المقصود منه، وأزالوا اللبس عنه، ودفعوا عنه ما كان يمكن أن يكون مثار نقد. ومثلهم فعل المالكية. ولكنّ الذي يبدو أن متقدّمي المالكية لم يحرّروا معنى الاستحسان، ولم يذكروا أقسامه، أو أنواعه، وقد علّل القاضي أبو بكر بن العربي (ت ٥٤٣هـ) ذلك. فبعد أن ذكر اختلاف أصحاب أبي حنيفة في تأويله، عبّر عن سبب عدم إبداء أصحاب مالك^(٢) للاستحسان، وأنواعه، فقال: (وأما أصحاب مالك (ت ١٧٩هـ) فلم يكن بهم

(١) المنحول ص ٣٧٧.

(٢) هو: أبو عبدالله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني. ولد بالمدينة سنة ٩٣هـ وقيل ٩٥هـ، وأخذ العلم عن ربيعة بن عبدالرحمن، فقيه أهل المدينة، وأحد أئمة المذاهب الفقهية السنية الأربعة. توفي في المدينة سنة ١٧٩هـ، ودفن في البقيع.

من آثاره: الموطأ، والمدوّنة الكبرى وهي تمثل فتاواه، وآراءه برواية تلاميذه. راجع في ترجمته: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٦٨، والفهرست ص ٢٨٠، وفيات الأعيان ٣/ ٢٨٤، الديباج المذهب ص ١٧-٣٠، الفتح المبين ١/ ١١٢، معجم المؤلفين ٨/ ١٦٨، شذرات الذهب ١/ ٢٨٩، الأعلام ٥/ ٢٥٧، وسائر الكتب المؤلفة في حياة وسيرة الإمام مالك خاصة.

قوي الفكر، ولا شديد العارضة، بيده إلى الوجود^(١)، وهو تعليل غريب، وربما لا يوافقه عليه جمهور المالكية.

ويبدو أنّ بعض متعصبي الشافعية لم يرق لهم تفسير الحنفية للاستحسان بما ذكر، لأنه تفسير له بأمور لا خلاف فيها^(٢) فنصب نفسه مفسراً له بما تخيّل. قال ابن السبكي (والذي أعتقده في تفسيره إن المعنيّ به ما تشتهيه نفس العالم، وتميل إليه، من غير تعلّق بأصل موجود يجده)^(٣) والذي يبدو أن الذي حمّله على ذلك تبرر نقد إمامه الشافعي رحمته الله (٢٠٤هـ) للاستحسان واعتبار أن من جاء به جاء بشرع من عنده، كما سنذكر ذلك عند عرض رأي الإمام الشافعي. وهذا أمر ينبغي أن يترقّع عنه العلماء. ومن قبله عدّ إمام الحرمين (ت ٤٧٨هـ) إطلاق الاستحسان عمّا قامت دلالته (في نهاية السخافة والعبائة، فإن قبول الدليل حتم، ولا محيد عنه)^(٤).

(١) المحصول في أصول الفقه لابن العربي ص ١٣١ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٩٤/٢.

(٣) المصدر السابق ١٩٥/٢.

(٤) المصدر السابق. وابن السبكي هو أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي الأنصاري الشافعي من كبار أئمة الشافعية ومجتهديهم. متنوع المعارف، تولّى القضاء وخطابة الجامع الأموي ومهنة التدريس. وقد تعرّض لكثير من الشدائد والمحن، توفي في دمشق بالطاعون سنة ٧٧١هـ.

من مؤلفاته: الإبهاج في شرح المنهاج، وجمع الجوامع، ورفع الحاجب عن شرح مختصر ابن الحاجب في الأصول، وطبقات الشافعية وغيرها.

راجع في ترجمته: الدرر الكامنة ٢٣٢/٣، وشذرات الذهب ٢٢١/٦، والأعلام ١٨٤/٤، ومعجم المؤلفين ٢٢٦/٦.

المبحث الثالث

أنواع الاستحسان

تمهيد

قلنا في تعريف الاستحسان إنه عدولٌ في مسألةٍ عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجهٍ يقتضي التخفيف. ولما كان ما يقتضي التخفيف عندهم ليس منضبطاً فإنهم لجؤوا إلى وسائل تضبط لهم ذلك فتوَّعوا الاستحسان بحسبها.

وقد جرت عادة الأصوليين على تسمية كل وسيلة من تلك الوسائل الكاشفة عن تحقق الحرج في الجزئية المستثناة بوجه الاستحسان، أي الدليل الدال على استثناء الجزئية. واستتبع الخلاف في الأدلة المستثنية نوع اختلاف في أنواع الاستحسان عند العلماء القائلين به. ففي أغلب كتب أصول الحنفية ذكرت أربعة أنواع من الاستحسان هي:

- أ- الاستحسان بالنص.
- ب- الاستحسان بالإجماع.
- ج- الاستحسان بالضرورة.
- د- الاستحسان بالقياس الخفي^(١).

(١) تقويم الأدلة ص ٤٠٥، وكنز الوصول إلى معرفة الأصول للبيزدوي=

وفي كلام الجصاص (٣٧٠هـ) ما يفيد أن من أنواع الاستحسان الاستحسان بالعرف، أو عمل الناس، قال: (ومما تركوا القياس فيه، وخصّوا الحكم مع وجود العلة لعمل الناس، ما ثبت عندهم أن عقود الإجازات لا تجوز إلا بأجر معلوم، وكذلك قال عليه السلام: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»^(١)، فصارت أبدال المعلوم من المنافع كأبدال الموجود من الأعيان من باب اعتبار كونها معلومة في العقد.

وكذلك قالوا: إذا استأجر عبداً أو داراً - إن الحاجة إلى معرفة المدة كهي إلى معرفة مقدار الأجرة، فلم يجزوها بأجر مجهول، ولا على مدة مجهولة^(٢).

ونقل الغزالي (ت ٥٠٥هـ) في المنحول عن أبي الحسن الكرخي (٣٤٠هـ) ما يؤيد ذلك، وأضاف إليه الاستحسان باتباع قول الصحابي، على خلاف القياس، كتقدير أجرة ردّ العبد الأبق بأربعين اتباعاً لابن عباس (٦٨هـ) رضي الله عنه، وتقدير ما يحط من قيمة

= ص ٢٧٦، والفصول في الأصول للجصاص ٢٤٢/٤ وما بعدها، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للنسفي ٢٩٠/٢، والحسامي للأخسيكي ص ٢١٨ وما بعدها، وأصول السرخسي ٢٠٢/٢، والتوضيح لصدر الشريعة ٨٢/٢، وشرح المنار لابن ملك ص ٨١٢.

(١) ذكر محقق الكتاب في الهامش: أخرج البخاري أحاديث في هذا المعنى ٤/٤٤٦ و٤٤٧، وبهذا اللفظ ورد عن أبي سعيد الخدري، من قوله. انظر سنن

النسائي ٣٢/٧ (انظر: الفصول ٢٤٨/٤).

(٢) الفصول في الأصول للجصاص ٢٤٨/٤.

العبد إذا ساوى دية الحرّ، أو زاد، بعشرٍ أتباعاً لابن مسعود (٣٢هـ)^(١). فتكون أنواعه، عند الحنفية، ستة. أما إضافة العرف فواضحة؛ لما سيرد من الأمثلة، وأما الاستحسان بقول الصحابي فهو مبنيٌّ على جواز الاحتجاج به، فيما خالف القياس، وفي المسألة اختلاف وتفصيل^(٢).

على أننا ننبه، هنا، إلى أن أبا بكر الجصاص (ت ٣٧٠هـ) فسّر عمل الناس بما هو قريب من الإجماع. قال: (والمراد بقولهم: عمل الناس، إن السلف من الصحابة وعلماء التابعين قد كانوا يشاهدون الناس يفعلون ذلك، فلم يظهر من أحد منهم نكير على فاعله، فصار ذلك إجازة منهم له، وإقراراً لهم عليه)^(٣).

وأما المالكية فقد ذكر ابن العربي المالكي (ت ٥٤٣هـ) أربعة أنواع للاستحسان عند المالكية، هي:

- أ- ترك مقتضى الدليل للعرف.
- ب- ترك مقتضى الدليل لإجماع أهل المدينة.
- ج- ترك مقتضى الدليل للمصلحة.

(١) المنخول ص ٣٧٤ - ٣٧٩.

(٢) قال أبو سعيد البردعي إن تقليد الصحابي واجب يترك به القياس، وقال الكرخي: لا يجب تقليده إلا فيما لا يدرك بالقياس. وهذا في حالة عدم اختلافهم، أما لو اختلفوا فأن الحق في أقوالهم ولا يعدوهم عند الحنفية.

(٣) الفصول في الأصول ٢٤٨/٤ و ٢٤٩.

د- ترك مقتضى الدليل لرفع المشقة، وإيثار التوسعة، في اليسير لتفاهته^(١). وذكر الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) نوعاً خامساً، عند المالكية، هو الاستحسان بمراعاة الخلاف^(٢).

فهذه ثمانية أنواع مشهورة عند الحنفية والمالكية، وإذا أضفنا إليها عمل الصحابي عند الحنفية، ومراعاة الخلاف عند المالكية، أصبحت الأنواع عشرة، تعود جميعها، كما سنرى - إلى التخفيف والتيسير، ورفع الحرج والمشقة، ولأجل تبين هذه الحقيقة فيها تتعرض فيما يلي إلى بيانها، وتحليل بعض الفروع المدرجة تحتها. وقيل أن نشرع في الحديث عنها ننبه إلى الأمور الآتية:

الأمر الأول: إن القياس في استعمالات العلماء في مواضع الاستحسان، أعم من أن يكون مراداً به القياس الأصولي، بل هو يشمل ويشمل القواعد العامة المأخوذة من مجموع الأدلة الواردة في نوع واحد، أو ما يقتضيه الدليل العام، خلافاً لما يتبادر من ظواهر عبارات كثير منهم.

نقل عن أبي حنيفة أنه قال: «إنّا أثبتنا الرّجْمَ بالاستحسان على

(١) المحصول لابن العربي ص ١٣١، والاعتصام ١١٩/٢، والموافقات ٤/٢٠٨، ومالك لأبي زهرة ص ٣٥٦، ويبحث في الاستحسان (من الأسبوع الفقهي) لمحمود عبدالقادر مكاوي ص ٣١٣-٣١٥.

(٢) الاعتصام ١٢٥/٢.

خلاف القياس»^(١) ولا قياس هنا إلا النص الشرعي العام، وهو قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢٢]، فهو نص عام يشمل الزاني المحصن وغير المحصن، ولكن المحصن استثنى بدليل خاص، وهو ما ثبت عن النبي ﷺ وأصحابه من وقائع مشهورة رجموا فيها المحصن ولم يجلدوه. ومثال إطلاق القياس على القاعدة الشرعية المقررة ما نقل عن أبي حنيفة أيضاً، من أنه قال فيمن أكل ناسياً: (لو لا الرواية لقلت بالقياس)^(٢). فالقياس مراد به هنا القاعدة المقررة في الصوم، وهي إن الصوم ينتفي بانتفاء ركنه وهو الإمساك. ومن هذا القبيل أقوال الفقهاء «القياس ألا يجوز بيع المعدوم» و«القياس إنَّ الضرورات تبيح المحظورات»^(٣) وهكذا.

الأمر الثاني: إنه ينبغي على ما تقدّم، من عموم مفهوم القياس في استعمالات الأحناف، أن الاستحسان عندهم يتنوع إلى قسمين أساسين، هما:

١- القياس الخفي: أو معارضة القياس الظاهر بالقياس الخفي الذي هو أقوى أثراً منه. ويُسمّى استحسان القياس. ومن الممكن أن نسميه استحسان الترجيح أيضاً؛ لأنه آيلٌ إلى ترجيح أحد

(١) تعليل الأحكام لعبد الفتاح الحسيني نقلاً عن حجة الله البالغة ١/ ١٦٥.

(٢) حجة الله البالغة ١/ ٣٣٩.

(٣) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٣٧-٣٤٥، وأصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ص ١٥٤ و ١٥٥.

الدليلين المتعارضين.

٢- استثناء مسألة جزئية من أصلٍ عامٍ لدليلٍ خاصٍ يقتضي هذا الاستثناء:

وفي هذا القسم تدخل سائر أنواع الاستحسان كالاستحسان بالنص أو الإجماع أو الضرورة أو العرف أو غيرها.

وإذ لم يرد في كتب الأصول المالكية ذكر لاستحسان القياس، فإن جميع أنواع الاستحسان عندهم تدخل ضمن القسم الثاني من أقسام الاستحسان. على أننا ننبه إلى أنّ بعض الفروع المروية عنهم فيما يتعلق بذلك تشير إلى أن استحسانها كان بالقياس الخفي. ومن ذلك ما نقل عن الإمام مالك من أنّ من نوى صومًا متتابعًا أو معيّنًا غير متتابع أو كان شأنه سرد الصيام فليس عليه تبييت الصوم لكل يوم. وقد نقل الباجي في المنتقى عن الشيخ أبي بكر قوله: «وهذا استحسان والقياس أن عليه التبييت لجواز فطره» ثم وجه الباجي ذلك بقوله: «وجه ما قاله أبو بكر أن حكم نية الصوم لا تتقدم على زمان صومها إلا بزمان لا يجوز فيه فطر نهار، ولا يصح فيه غير ذلك الصوم. ولذلك جاز أن يتقدم الصوم من أول ليلة ولا يجوز أن يتخلل بينها وبين زمن صومها نهار يجوز فطره ولا صومه من غير جنس ذلك الصوم كما لا يجوز أن ينوي صيام يوم من رمضان في يوم شعبان لما ذكرناه»^(١).

(١) المنتقى: للباجي ٤١/٢.

وما ذكره الباجي هو القياس الظاهر الذي يوجب تبين النية. ثم بيّن الباجي وجه الاستحسان بقوله: «وجه هذا القول الذي حكى عن مالك أنه إذا شرع في الصوم وألزمه نفسه صحّ له أن ينوي منه ما شاء؛ لأنّ الدخول فيه والالتزام له يجعل بمنزلة العبادة الواحدة في النية، ولا يعتبر بما تخلّله من أزمنة الصوم والفطر، كما لا يعتبر بما تخلّله من زمن الليل والله أعلم وأحكم»^(١). فالباجي لم يُعلّل العدول عن القياس الظاهر بإجماع أو عرف أو غيره، بل بقياس خفي هو أن عدم تبين النية في الصوم المتتابع وفي المعيّن غير المتتابع، وفي شأن من كان ديدنه سرد الصيام راجع إلى أن دخوله في مثل هذا الصيام والتزامه له يجعله بمنزلة العبادة الواحدة.

وبناء على ذلك فإننا سنجعل بحث هذه الأنواع في مطلبين أولهما في استحسان القياس وثانيهما في استحسان الاستثناء من القواعد والعمومات.

وقد جعلنا استحسان القياس مطلباً نظراً لأهميته بالنسبة للفقه الحنفي، وإلا فإننا نرى أنه داخل ضمن استحسان الاستثناء أيضاً، لأنّ المسألة المأخوذ فيها بالقياس الخفي مستثناة من القياس الظاهر أيضاً عن طريق معارضته بالقياس الخفي في هذه الجزئية.

(١) المصدر السابق.

المطلب الأول

استحسان القياس الخفي

ويسمى الاستحسان بالقياس الخفي. وهو المشهور في كتب الأصول. وقد صورّه السرخسي بأنه «قياسان، أحدهما جلي ضعيف أثره، والآخر خفي قوي أثره فيسمى استحساناً، أي قياساً مستحسنًا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء والوضوح»^(١). ومعنى ذلك أن يكون في المسألة وصفان يقتضي كلُّ منهما قياساً مبيناً للقياس الذي يقتضيه الآخر، فما كان من الأوصاف ظاهراً متبادراً فإنه الذي يقتضي القياس الاصطلاحي، وما كان منهما خفياً غير متبادر فإنه يقتضي إلحاق المسألة بأصل آخر غير الأصل الذي يقتضي إلحاقها به الوصف الظاهر. وهذا الإلحاق بالأصل الآخر الذي اقتنصه المجتهد هو المسمى بالاستحسان أو القياس الخفي. أو بتعبير آخر إن الاستحسان بالقياس الخفي هو ما كان فيه: «الفرد متردداً بين أصليين، في كل منهما حكم ثابت شرعاً، وقد أخذ شبهاً من كل منهما، فيلحق بأقربهما شبهاً له لدلالة توجبه»^(٢) إذ هو في حقيقته، تعارضٌ بين قياسين أحدهما جلي والآخر خفي،

(١) المبسوط ١٤٥/٤، وأصول اليزدوي ص ٢٧٦، كشف الأسرار شرح المصنف على المثار ٢٩٣/٢.

(٢) الفصول في الأصول للجصاص ٢٣٤/٤.

مع ترجيح واحدٍ منهما. ومن ذلك وقفُ الأرض الزراعية؛ فإن له شبهة بالبيع وشبهًا بالإجارة. أما شبهه بالبيع فمن حيث إن كلا منهما يخرج العين من ملك صاحبها، ومقتضى هذا الشبه أن لا يدخل حق الشرب والطريق والمسيل في الوقف إلا بالنصر عليها من الواقف، كما هو الحكم في البيع.

وأما شبهه بالإجارة فمن حيث إن كلا منهما يفيد ملك الانتفاع بالعين، ومقتضى هذا الشبه دخول الشرب والطريق والمسيل في الوقف، ولو لم ينصّ الواقف على دخولها في الوقف، كما هو الحكم في الإجارة. فهنا فرد، هو وقف الأرض الزراعية، له شبهان شبه بالبيع وشبه بالإجارة، وقد قالوا: إنَّ شبهه بالبيع أظهر من شبهه بالإجارة لتبادر الذهن إلى الأول واحتياج الثاني إلى شيء من التأمل وإمعان النظر. ولهذا قال الحنفية بدخول هذه الحقوق في الوقف، ولو لم ينصّ عليها الواقف استحساناً، أي قياساً خفياً على الإجارة. وكان مقتضى القياس الظاهر المتبادر إلى الذهن عدم دخولها في الوقف، أسوة بالبيع^(١).

وليس الخفاء أو الظهور هو سبب الترجيح بين القياسين، بل السبب في ذلك هو قوّة الأثر، على ما صرّح به

(١) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٨٩ و ٩٠، وأصول الفقه الإسلامي لركي الدين شعبان ص ١٦١، وأصول الفقه لعباس متولي حمادة ص ٢١٠ و ٢١١، وانظر فتح القدير ٣٠٣/٥.

علماء الأحناف^(١).

قال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ)^(٢): «لا ترجيح للخفي لخفائه، ولا للظاهر لظهوره بل يرجع في الترجيح إلى ما اقترن بهما من المعاني، فمتى قوي الخفي أخذوا به أو الظاهر أخذوا به»^(٣). وكلامه هذا كان في صدد حديثه عن سجدة التلاوة وتأديتها بالركوع. وقد ذكر أنّ القياس إنما رجح على الاستحسان لقوة دليله، وهو ما روي أنّ ابن مسعود وابن عمر كانا أجازا أن يركع عن السجود في الصلاة، من غير أن يروى عن غيرهما خلاف ذلك. والذي يفهم من كلامه أن قوة الأثر تعني قوة الدليل، بسبب ما يعزّزه من اعتبار شرعي، وهو الإجماع في هذا

(١) أصول السرخسي ٢/٢٠٣، والتوضيح لصدر الشريعة ٢/٨٢، والمغني للخبازي ص ٣٠٧.

(٢) هو: كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود السيواسي الأصل، ثم الإسكندري، ثم القاهري، العالم الحنفي المعروف بابن الهمام والمشارك في عدد من العلوم كالفقه والأصول والتفسير وعلم الطبيعة والفرائض والتصوّف والنحو والصرف وغيرها. توفي في القاهرة سنة ٨٦١هـ.

من مؤلفاته: شرح الهداية في الفقه المسمى فتح القدير للعاجز الفقير، والمسامرة في العقائد المنجية في الآخرة، والتحرير في أصول الفقه، وله مختصر في الفقه سماه زاد الفقير، وغيرها.

راجع في ترجمته: مفتاح السعادة ٢/١٣٥ - ١٣٦، شذرات الذهب ٧/٢٩٨، هدية العارفين ٢/٢٠١، معجم المطبوعات ١/٢٧٨، الأعلام ٦/٢٥٥، معجم المؤلفين ١٠/٢٦٤.

(٣) فتح القدير ١/٣٨٨.

الموضع^(١). وقال السرخسي: «ولأنما يكون الترجيح بقوة الأثر لا بالظهور ولا بالخفاء، لما بينا أن العلة الموجبة للعمل بها شرعا ما تكون مؤثرة، وضعيف الأثر يكون ساقطاً في مقابلة قوي الأثر ظاهراً كان أو خفياً...»^(٢). والذي يفهم من ذلك أنّ المقصود من الأثر هو الاعتبار الشرعي. والاعتبار الشرعي عند الحنفية، أياً كان نوعه، يجعل الوصف المناسب الملائم للحكم عند العقول، معتبراً. ويسمونه العلة المؤثرة سواء كان ظهور تأثيره شرعا متأثراً من اعتبار عينه في عين الحكم، أو عينه في جنس الحكم، أو جنسه في عين الحكم أو جنسه في جنس الحكم^(٣). وبذلك يكون المؤثر عندهم أوسع دائرة منه عند غيرهم.

وإذا كان التأثير عندهم بهذا الاتساع فإنه، من غير شك، يختلف قوة وضعفاً. فما اعتبر الشارع عينه في عين الحكم أقوى مما اعتبر جنسه في جنس الحكم وهكذا.

وإذا كان هذا الذي ذكرناه هو المراد من قوة الأثر في القياس فحينئذ لا أهمية لكون القياس خفياً أو جلياً، لأن ما كان أضعف أثراً لا يعارض ما هو أقوى منه، إذ يكون ساقطاً به من غير شك.

وقد ورد في كلام بعض العلماء ما يفيد أنّ قوة الأثر هي قوة

(١) والإجماع هنا أخص من مطلق اعتبار الحرج.

(٢) أصول السرخسي ٢/٢٠٣، المغني للخبازي ص ٣٠٧.

(٣) فواتح الرحموت لعبد العلي الأنصاري ٢/٢٦٧.

العلة وثبوتها. ففي صدد استحسان الحنفية طهارة سؤر سباع الطير ذكر، تبعا لما ذكره علماء الأحناف^(١)، أنّ القياس يقتضي نجاسة سؤرها، إلحاقاً لها بسباع البهائم، ولكنّ الاستحسان يقتضي طهارته قياساً على الأدمي باعتبار أن كلاّ منهما غير مأكول اللحم، ونظراً إلى أنّ الأثر الذي هو مخالطة اللعاب النجس للماء ضعيف في حالة القياس؛ لأن سباع الطير تشرب بمناقيرها، وهي عظم طاهر فلا يتحقّق اختلاط اللعاب بالماء. وحينئذ تكون علة النجاسة قد انتفت من سباع الطير، فإلحاقها بسباع البهائم، على هذا، ضعيف الأثر^(٢). وعلى الرغم مما قيل في هذا الاستحسان، وإنّه ليس من باب القياس الجلي، وإنما هو من استحسان الضرورة^(٣)، فإنه يعكس فهم بعض العلماء للمقصود من قوّة الأثر وضعفها، حيث فسرت القوة، بتحقيق العلة وفسّر ضعفها بانعدامها.

وفي الحق إنّ فهم استحسان القياس أو الترجيح ينبغي أن لا يكون بمعزل عن فهم النوع الآخر من الاستحسان، لأنّ كلاّ منهما نوع من جنس واحد هو الاستحسان بمعناه العام. وقد علمنا أنّ الاستحسان على ما قاله الكرخي - هو العدول في مسألة عن مثل ما حُكِمَ به في نظائرها إلى خلافه، لوجه هو أقوى. فالمسألة في

(١) أصول السرخسي ٢/٢٠٤، وأصول اليزدوي ص ٢٧٦، والمغني للخبازي

ص ٣٠٧، والتوضيح لصدر الشريعة ٨٢/٢.

(٢) أصول الفقه للخضري ص ٣٣٥.

(٣) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٥٣.

الاستحسان حالة مستثناة لا ينطبق عليها حكم نظائرها لوجود دليل يقتضي إخراجها عن تلك النظائر، وفي استحسان القياس لا تخرج المسألة عن أن تكون كذلك. إنها مستثناة من أن يتناولها حكم القياس ولكنه استثناء بطريق التعارض والترجيح. وقد لاحظنا من خلال استقراء عدد من هذه المسائل أن إخضاعها لحكم القياس الجلي يترتب عليه نوع مشقة وحرَج وإضرار بالعباد. وسنعرض فيما يأتي طائفة من الاستحسانات القياسية، ليزداد الأمر وضوحاً، وليتكشف أكثر.

نماذج من ترجيح القياس الخفي:

فمن الأمثلة التي رجح فيها الاستحسان بالقياس الخفي على القياس:

١- ما ذكره من اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل قبض المبيع^(١). فادعى البائع أن الثمن تسعون ديناراً، وادعى المشتري أنه ثمانون ديناراً. فقد قالوا: أنهما يتحالفان استحساناً، مع أن القياس أن لا يحلف البائع؛ لأنه يدعي الزيادة البالغة عشرة دنانير، بينما المشتري ينكرها. والقاعدة إن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، فلا يمين على البائع ولا وجه لتحليفه في

(١) تقويم الأدلة ص ٤٠٦، وأصول السرخسي ٢/٢٠٦، والتوضيح لصدر الشريعة ٢/٨٤، وأصول اليزدوي ص ٢٧٧، والتحرير بشرح التقرير والتحجير ٢/٢٥٥.

القياس الظاهر إلحاقاً لهذه المسألة بكل مسألة بين مدّع ومنكر. وقد وجّه الاستحسان بأن «البائع مدّع ظاهراً بالنسبة إلى الزيادة، ومنكرٌ حق المشتري تسليم المبيع بعد دفع الثمانين ديناراً. والمشتري منكر - ظاهراً الزيادة التي ادعاها البائع، وهي العشرة، ومدّع حق تسليمه المبيع بعد دفع الثمانين. فكل منهما مدّع من جهة، ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان^(١)، وإدراك هذا الوجه حصل بعد التأمل ولهذا فإن إلحاق هذه المسألة بكل واقعة بين متداعيين يكون كل منهما مدّعياً ومنكراً في وقت واحد يسمونه قياساً خفياً واستحساناً.

وإذا تأملنا هذه المسألة جيداً رأينا أن تحليف المشتري دون البائع - مع أنه منكر أيضاً - فيه مجانية للعدالة، وتفريق بين المتماثلين من دون مسوّغ، مما يولّد عند المشتري حرجاً وضيقاً. ولهذا فإن هذه المسألة خارجة عن أن يتناولها القياس الظاهر، لكون المدّعي منكراً أيضاً، فلا يكون مستثنى من حكم اليمين ولئن أخذنا بما قيل في استحسان القياس، من أن هذه المسألة هي فرد من أفراد القياس الخفي فينبغي تحليفه، فإننا سنجد أن في هذه المسألة قياسين متعارضين أحدهما ظاهر وآخرهما خفي وقد أخذ بالقياس الخفي، لكونه أكثر تحقيقاً للعدالة، وأبعد عن أن يلحق بأحد المتداعيين المتساويين في الإنكار عبثاً فيلزمه بما لم يلزم به خصمه، ويوقعه في الحرج.

(١) تقويم الأدلة ص ٤٠٦، التوضيح بشرح التلويح ١٧٨/٢ (ضبط عميرات).

ولا نرى تفسيراً لقوة الأثر في القياس المرجح إلا هذا الذي ذكرناه. ولئن صحّ كون هذا المثال فرداً من أفراد القياس الظاهر، فقد خرج من أن يتناوله حكمه لما يترتب على ذلك من المشقة والخرج، وما القياس الخفي إلا ذريعة لتحقيق هذا الإخراج، عن طريق التعارض.

٢- عدم ضمان الدائن ما رهن عنده بعد إبرائه ذمة المدين عن الدين. فحكم هذه المسألة في القياس الظاهر أن يضمن الدائن - المرتهن - للراهن قيمة المرهون، اعتباراً بحالة استيفاء الدين، إذ إنَّ المرتهن - الدائن - لو كان قد استوفى الدين، ثم هلك المرهون في يده؛ فإنّه يردّ ما استوفاه. ولكن في الاستحسان لم يؤخذ بهذا القياس^(١)، ولم يضمن المرتهن ما رهن عنده، بعد الإبراء عن الدين، قياساً على حالة فسخ الرهن حيث اعتبر المرتهن بعد إبرائه للمدين كالفاسخ للرهن، وعند فسخ الرهن ينقلب المرهون أمانة في يد المرتهن، فلا يضمنه إن هلك، إلا في حالة التعدي، أو التقصير في حفظه^(٢). ومن البين أن جعل القياس الظاهر شاملاً المسألة التي معنا، وتضمن المرتهن ما رهن عنده، مع تنازله عن دينه وإبرائه ذمة المدين، فيه مجانبة للعدالة، ويترتب عليه حرج واضح، لما يلزم الدائن من ضرر ومشقة، بتحميله

(١) الهداية بشرح نتائج الأفكار ٨/٢٤٢، والدّر المختار بشرح رد المحتار ٦/

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ١/٨٧.

خسارة مضاعفة، دينه الذي تنازل عنه، وقيمة المرهون الهالك. ولهذا فإن إخراج هذه الجزئية من أن يتناولها حكم القياس الظاهر بطريق معارضته بالقياس الخفي، فيه رفع حرج عن الدائن ودفع للمشقة عنه. أما بالنسبة للمدين فإن من المفروض أن يكون ما رهنه مساوياً الدين الذي عليه، وكان من الواجب عليه أن يدفع هذا الدين الذي بذمته للدائن، فعدم تضمين الدائن لا يستلزم حرجاً وضرراً بالمدين، بالمقدار الذي يستلزمه التضمين بالدائن.

٣- لو أمر الحاكم بقطع يد السارق اليمنى فإخطأ المنفذ، وقطع يده اليسرى فإن على المنفذ الضمان في القياس الظاهر، وهو ما أخذ به زفر بن الهذيل (ت ١٥٨هـ)^(١)، لأن القضاء بقطع اليمنى لا يُخرج اليد اليسرى عن أن تكون معصومة، فصار كما لو قطع أنف السارق، أو رجله، حيث يكون ضامناً^(٢). أما في القياس الخفي فلا شيء على المنفذ عند أبي حنيفة رحمته الله لأنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه، فلا يُعدّ إتلافاً وصار كما لو شهد إثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيّمته ألف أو شهدا بمثل قيمته، ثم رجعا بعد القضاء، لا يضمنان شيئاً^(٣).

(١) هو أبو الهذيل زُفر بن الهذيل العبدي الحنفي. كان من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأي، فكان من أصحاب أبي حنيفة. أقام في البصرة، وولى القضاء بها. توفي سنة ١٥٨هـ.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٧١/٢، والأعلام ٤٥/٣.

(٢) العناية ٢٥١/٤، والهداية بشرح فتح القدير ٢٥١/٤.

(٣) فتح القدير ٢٥١/٤.

ولسنا نظن أن الأخذ بالقياس ممّا يحقق العدالة، بل أن فيه إضراراً بالمنفّذ لا يتلاءم مع طبيعة الخطأ الذي ارتكبه. فهو، في خطئه لم يلحق ضرراً بالسارق أكثر من الضرر الذي كان يترتب على تنفيذ الأمر كما أصدره الحاكم. إذ إنه أبقى للسارق يده اليمنى، فأخلف له من جنس المُثْلَف ما هو خير منه. فإذا كان السارق لم يفقد شيئاً أكثر مما كان سيفقده. لو أنّ المنفّذ استجاب لأمر الحاكم من دون الخطأ، فَلِمَ نُلزِمه بالضمان ونلحق به ضرراً وحرراً من دون مبرّر؟

ما يستنتج من استقرار الأمثلة:

ومن خلال استقراءنا للمسائل التي قالوا بأن فيها قياساً خفياً والتي اكتفينا بذكر قليل منها خشية التطويل اتضح لنا أنها مسائل مستثناة من حكم القياس الظاهر بسبب أن تطبيق حكمه عليها يؤدي إلى المشقة والخرج، فعدل عن حكمه إلى ما يحقق التيسير.

= والأقوال في هذه الجزئية عند أئمة الحنفية ثلاثة. الأول لأبي حنيفة رحمته الله وهو أنه لا ضمان على المنفّذ سواء كان قطعه خطأ أم عمداً. والثاني: لزفر وهو أن على المنفّذ الضمان سواء كان قطعه خطأ أم عمداً. والثالث: لأبي يوسف ومحمد اللذين قالوا بأن عليه الضمان في العمد، دون الخطأ وقد أجيب عن قياس زفر بأن (اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فآخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها، بخلاف ما لو قطع. رجله اليمنى؛ لأنه وإن امتنع به قطع يده، لكن لم يعوّضه من جنس ما اتلف عليه من المنفعة؛ لأن منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي. وأما قطع رجله اليسرى فلم. يعوّض عليه شيئاً أصلاً، وصار كما لو شهد اثنان.. إلخ) فتح القدير ٢٥١/٤.

ولما كان القياس هو أحد الأدلة المعتبرة كان الخروج عليه بمجرد القول برفع الحرج مظنة الانتقاد، لكون الحرج، حسب ما ذكروا، غير منضبط، وإن كانوا يسلّمون بأنه أصل ثابت بالأدلة القطعية. ولهذا فقد بحثوا عما يمكن أن يكون أصلاً آخر تقاس عليه المسألة، واعتبروا ذلك قياساً خفياً، بسبب أنّ التعرف عليه كان بعد بحثٍ مضمّن، وبعد استقراء واستعراض عدد كبير من الجزئيات الفقهية التي يمكن أن يتحقّق فيما بينها وبين الجزئية المراد إخراجها من القياس الظاهر شبهه، فرجّحوا هذا الشبه الجديد بما ذكروه من قوّة الأثر التي ترجع في حقيقتها إلى التيسير ورفع الحرج. على أنّه حتى في هذه الحالة يصح أن يقال: إنّ قوّة الأثر التي رجّحت القياس الخفي آتية من الاعتبار الشرعي، إذ القياس الراجح هو ما تشهد له الأدلة الشرعية النافية للحرج. ونحن نعلم أن الشارع قد اعتبر جنس الحرج في التخفيف، فتكون قوّة الأثر هي ذلك الاعتبار، وهي متدرّجة في قوّتها من الأجناس إلى الأنواع.

ومما يعزّز ما ذهبنا إليه أنهم رجّحوا في مجموعة من الجزئيات القياس الظاهر على القياس الخفي، معلّلين هذا الترجيح بقوة الأثر^(١). وهي مسائل على ما ذكروا قليلة^(٢). يقول عبدالعزيز

(١) أصول اليزدوي ص ٢٧٦، والمغني للخبازي ص ٣٠٧، والحسامي ص ٢١٩.

(٢) أصول اليزدوي ص ٢٧٧، وفتح القدير لابن الهمام ٣٨٨/١.

البخاري (ت ٧٣٠هـ) وسمعت من شيخي رحمهم الله أنه لم يوجد إلا في ست مسائل أو سبع^(١). ويذكر الكمال بن الهمام (ت ٨٦٤هـ) أنها لا تتجاوز بضعة عشر موضعاً؛ لأنّ استقراءهم أوجب قلة فوة الظاهر المتبادر بالنسبة إلى الخفي^(٢). ويذكر ابن نجيم (٩٧٠هـ) أنه وجد في بعض النسخ أنها إحدى عشرة مسألة فقابل بينهما ووجد أن الزائد على السبع سبع، وأنه وجد أن نجم الدين النسفي (٥٣٧هـ)^(٣) أخرج ثماني مسائل فكان الجميع اثنتين وعشرين مسألة^(٤).

ولدى تأمل هذه المسائل والجزئيات نجد أنّ الأخذ بالقياس الظاهر فيها مما يحقق يسراً ويرفع حرجاً، وسنذكر فيما يأتي طائفة منها، يتبين فيها أن العبرة في الترجيح إنّما تعود إلى التيسير والتخفيف، وليس إلى اعتبار آخر.

(١) كشف الأسرار ١٠/٤.

(٢) فتح القدير ٣٨٨/١.

(٣) هو: أبو حفص نجم الدين محمد بن محمد بن أحمد النسفي الملقب بمفتي الثقلين. كان إماماً في الفقه والأصول والكلام كما كان مفسراً ومحدثاً وحافظاً. توفي سنة ٥٣٧هـ في سمرقند.

من مؤلفاته: طلبه الطلبة، ونظم الجامع الصغير، والتيسير في التفسير، والقند في علماء سمرقند.

راجع في ترجمته: الفوائد البهية ص ١٤٩ و ١٥٠، والأعلام ٦٠/٥.

(٤) إفاضة الأنوار في إضاءة أصول المنار لمحمود الدهلوي ص ٤٢٧ تحقيق د. خالد محمد عبد الواحد حنفي هامش ٢ للمحقق.

نماذج من ترجيح القياس الظاهر:

فمن الأمثلة على هذا الترجيح.

١- جواز تأدية سجدة التلاوة في الصلاة بالركوع، في القياس الظاهر، وذلك في حالة ما إذا تليت سورة آخرها آية سجدة أما في الاستحسان فأنهم قالوا بعدم إجزائه عنها^(١).

قال محمد (ت ١٨٩هـ) في الكتاب: (فإن أراد أن يركع بالسجدة نفسها هل يجزئه ذلك، قال: أما في القياس فالركوع في ذلك والسجدة سواء، لأن كل ذلك صلاة، وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجد، بالقياس نأخذ)^(٢).

ففي هذه المسألة أخذ بالقياس الظاهر، فأسقطت سجدة التلاوة بالركوع، واعتبرت متأدية به، كما تسقط الطهارة للصلاة بالطهارة لغيرها. وكان مقتضى الاستحسان عدم الجواز؛ لأن المأمور به هو السجود، وهو مغاير للركوع، فلا يجوز أن يؤدي به، كما لا يجوز أن يؤدي سجود الصلاة بالركوع^(٣). ولكنهم لم يأخذوا بالاستحسان، باعتبار أن سجدة التلاوة لم تجب قرينة

(١) الفصول للجصاص ٢٤٢/٤، وأصول البزدوي ص ٢٧٧، والمغني للخبازي ص ٣٠٧، والحسامي للأخسيكتي ص ٢١٩، وكشف الأسرار شرح المصنف على المنار ٢٩٤/٢ والتوضيح لصدر الشريعة ٨٣/٢، وأصول السرخسي ٢٠٤/٢.

(٢) فتح القدير ٣٨٧/١.

(٣) الحسامي ص ٢٢٠، والتلويع للتفتازاني ٨٣/٢.

مقصودة، كما هي الحال بالنسبة إلى الطهارة. ولهذا لم تلزم بالندر، «وإنما المقصود هو التواضع ومخالفة المتكبرين وموافقة المطيعين على قصد العبادة، ولهذا اشترطت الطهارة واستقبال القبلة»^(١). وهذا متحقق في الركوع.

ومن هذا العرض السريع يتبين أن هؤلاء العلماء إنما رجّحوا القياس الظاهر، لكونه أقرب إلى روح الشريعة ومقصود العبادة. فالعبرة إذن بالتواضع، وهو متحقق بكلا الأمرين. كما أننا نجد أن الأخذ بالقياس هنا أمر أكثر يسراً من الأخذ بالاستحسان، ففي الاستحسان لا يجوز إلا السجود وفي القياس الظاهر يجوز السجود، ويجوز إلى جانبه الركوع، فما خيّر فيه العبد بين أمرين هو أكثر يسراً مما لم يُخيّر فيه.

على أننا نشير إلى أن بعض العلماء نازعوا في خصوصية الأول بالقياس والثاني بالاستحسان^(٢) كما أن بعضهم رجّح أن عدم جواز قيام الركوع مقام السجود هو الأمر الظاهر، وجواز قيامه مقامه هو الخفي. فيكون الأمر من باب تقديم الاستحسان لا القياس. ولكن الترجيح - كما علمنا - ليس بسبب الظهور والخفاء، بل بما يقترن بكل منهما من المعاني، وقد رجّح القياس لقوة دليله، وذلك لما روي عن ابن مسعود وابن عمر أنهما كانا أجازا أن يُركّع عن السجود في الصلاة، ولم يرد عن غيرهما

(١) التلويح ٨٣/٢.

(٢) التوضيح ٨٣/٢.

خلافه فلذا قدم القياس^(١). وليس في هذا ما يعارض ما ذكرناه، فسواء سُمي المأخوذ به قياساً ظاهراً، أم استحساناً، فإنه لا يخرج عن أن يكون هو الأخف والأكثر يسراً، فإذا كان ظاهراً فقد رُجِّح ليسره، ولما ذكروه من دليل، وإن كان خفياً فقد رُجِّح للسبب ذاته أيضاً. فالراجح عندهم واحد، ولكن الخلاف في تسميته وهي لا تغيّر من حقيقة الأمر الذي معنا شيئاً. وإن كنا نرى أن تسمية المرجّح، لغرض التيسير، استحساناً أولى من تسميته قياساً ظاهراً؛ لأن ذلك ادعى إلى الانسجام وتحقيق الانضباط في هذه النظرية.

٢- وقالوا في بيع السِّلَم إذا اختلف المتعاقدان في ذراع المُسَلَّم فيه فإنّ القياس يقتضي أن يتحالفا، أما في الاستحسان فلا تحالف بينهما. وقد أخذوا بالقياس^(٢). وإنما لم يوجب الاستحسان التحالف، لكون الاختلاف واقعاً في الذراع وهو وصف زيادته تحقّق جودة في الثوب، وليس شأنه كالكيل والوزن. وإذا كان الذراع وصفاً فالاختلاف فيه اختلاف في الوصف فلا يوجب التحالف، كما هو الشأن في الاختلاف في وصف المبيع، وفي القياس الظاهر يجب التحالف، لكون الاختلاف واقعاً في أصل المستحق بالعقد، فالموصوف بأنه خمس في سبع غير الموصوف بأنه أربع في ست،

(١) فتح القدير ٢٨٧/١، ٢٨٨.

(٢) الفصول في الأصول ٢٤٠/٤، وأصول السرخسي ٢٠٥/٢، والتوضيح ٢/٢

كما قال السرخسي^(١)، وإذا كان الاختلاف واقعا في أصل المستحق بعقد السَّلَم وجب التحالف، كما في المبيع.

٣- وقالوا في الرهن: إذا ادّعى رجلان كلّ واحد منهما عينا في يد رجل أنه مرهون عنده بدين له عليه، وأقاما البيّنة، فإنّ الاستحسان يقتضي الحكم بأنه مرهون عندهما، بينما القياس يقتضي بطلان البيّنتين. ووجه الاستحسان المتروك القياس الخفي على ما لو رهن عينا عند رجلين، ووجه القياس الظاهر تعذر القضاء بالرهن لكل واحد مهما. سواء في جميعه أو في نصفه^(٢). أمّا في جميعه فلضيق المحل عن ذلك، وأمّا في نصفه فلا أنّ الشيوخ يمنع صحّة الرهن. وقد أخذوا بالقياس لقوّة أثره المستتر. وقد وضّح السرخسي هذه القوة بأن (كل واحد منهما غير راض بمزاحمة الآخر معه في ملك اليد المستفاد بعقد الرهن)^(٣). وإذا كان هذا هو المقصود بقوة الأثر عنده، فإنّ صلته بدفع الضرر ورفع الحرج واضحة لأنّه إذا كان كل واحد منهما يريد إثبات الحق لنفسه، ولا يرضى بمزاحمة الآخر له فيه، فإنه إذا قضى بأنه مرهون عندهما ينتفي هذا المعنى، ويزول رضا كل منهما، وهل هذا إلا نوع من الحرج؟

على أنّ القياس في هذه المسألة - كما يبدو لنا - لا يراد منه

(١) أصول السرخسي ٢/٢٠٥.

(٢) أصول السرخسي ٢/٢٠٦.

(٣) المصدر السابق.

معناه الاصطلاحي، بل هو محمول على القاعدة المطردة، في عدم جواز رهن المشاع.

٤- وقالوا: إنّ غاصب العقار يضمن استحساناً، وبه أخذ محمد (ت ١٨٩هـ) وفي القياس لا يضمن وهو قول أبي يوسف (ت ١٨٢هـ)^(١) الذي رجّح القياس على الاستحسان لقوّته.

٥- وقالوا فيمن قرأ السجدة في ركعة فسجدها، ثم أعادها في الركعة الأخرى، فإنه يلزمه سجدة أخرى استحساناً، وهو قول محمد (ت ١٨٩هـ) وفي القياس الظاهر لا يلزمه ذلك، وهو قول أبي يوسف (ت ١٨٢هـ)^(٢)، الذي رجّح على الاستحسان. ومن الواضح أن الأخذ بالقياس الظاهر أيسر وأخفّ من الأخذ بالاستحسان، لما فيه من إسقاط السجدة الثانية.

تعدية استحسان القياس: وقد ذكر علماء الأحناف أن هذا النوع من الاستحسان يتعدّى إلى غيره، بخلاف النوع الآخر منه^(٣). وعللوا ذلك بأنه لا يخرج عن أن يكون قياساً شرعياً فيأخذ حكمه، بخلاف النوع الآخر، لأنه معدول به عن القياس بالنص أو غيره، وهما مما لا يحتمل التعدية^(٤).

(١) كشف الأسرار للبخاري ١١/٤.

(٢) المصدر السابق، وانظر فيه عدداً آخر من الأمثلة التي رجّح فيها القياس على الاستحسان.

(٣) أصول السرخسي ٢/٢٠٦، وأصول البزدوي ص ٢٧٧، والمغني للبخاري ص ٣٠٨، والحسامي ص ٢٢١، وكشف الأسرار للبخاري ١١/٤.

(٤) أصول السرخسي في الموضع السابق.

ومن أمثلة ذلك ما أوردناه في المثال الأوّل من الاستحسان تحالف البائع والمشتري عند الاختلاف في مقدار الثمن قبل القبض.

وإذا كان هذا الحكم ثابتاً باستحسان القياس فإنه يتعدّى إلى الوارثين. فإذا اختلف وارثا البائع والمشتري قبل قبض المبيع تحالفاً. كما أنّه يعدّى إلى الإجارة عند اختلاف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة قبل استيفاء المنفعة. كما يُعدّى إلى ما يشبه ذلك^(١).

ولكن نذكر، هنا، أنّه على الرّغم ممّا ذكر من عدم جواز تعدية الحكم المستحسن المخصوص من جملة القياس، إلّا أنّه ورد عن أبي الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ) ما يفيد جواز القياس على المخصوص من جملة القياس في ثلاثة مواضع، هي:

- ١- أن تكون علته منصوّصاً عليها، كقوله ﷺ في سؤر الهرة: «إنها من الطوافين عليكم والطوافات»^(٢). وهذه علّة صاحب الشرع، يعني أنّه لا يمكن الاحتراز منها، فقسنا على ذلك كل ما لا يمكن الاحتراز منه من الحشرات.
- ٢- أن يكون مجمّعاً على تعليله، وإن اختلف في علته.

(١) أصول البزدوي ص ٢٧٧، والتوضيح لصدر الشريعة ٨١/٢.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، وأحمد ٣٠٣/٥، والترمذي (٩٢)، والنسائي ١/

١٥٥-١٧٨، وابن ماجه، والبيهقي والحاكم، وصححه ابن حبان.

٣- أن يكون موافقاً لبعض الأصول، أو يكون مما لم يفصل أحد بينه وبين المخصوص، كالأكل والجماع في رمضان ناسياً، ظناً منه أنه لم يفصل أحمد وغيره بينهما^(١).

وعن محمد بن شجاع الثلجي (ت ٢٦٦هـ)^(٢) أنه لا يجوز القياس عليه إلا إذا كان طريقه مقطوعاً به^(٣). ولا يرى غير الحنفية منع القياس على ما استثنى من القياس، كما هو معروف عند الأصوليين. قال ابن عقيل (ت ٥١٣هـ): (وكل ذلك غير صحيح، عندنا؛ لأنه إذا دلت الدلالة على تعليله جاز القياس عليه، كسائر الأصول. فأما مخالفته لسائر الأصول الآخر فتوجب الرجوع إلى الترجيح)^(٤). وانتقد الحنفية بالتناقض، وقال: (على أنهم قاسوا أرش الموضحة فما زاد على دية الجنين، وهو عارٍ وخالي عما ذهبوا إليه)^(٥).

(١) الواضح لابن عقيل ١٠٨/٢.

(٢) هو أبو عبدالله محمد بن شجاع الثلجي البغدادي. فقيه حنفي، شرح الفقه الحنفي واحتج له. وكان له ميل إلى المعتزلة. تفقه بالحسن بن زياد اللؤلؤي. متروك الحديث. توفي سنة ٢٦٦هـ.

من مؤلفاته: تصحيح الآثار، والنوادر، والمضاربة، والرد على المشبهة، وغيرها. راجع في ترجمته: الجواهر المضيئة ١٧٣/٣، وشذرات الذهب ١٥١/٢، والأعلام ١٥٧/٦.

(٣) الواضح لابن عقيل ١٠٩/٢.

(٤) المصدر السابق.

(٥) عن سهل بن أبي حثمة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرايا، أن يشتري بخرصها يأكلها أهلها رطباً). متفق عليه. وفي الباب أحاديث كثيرة راجعها في نيل الأوطار ٢٢٦/٥.

المطلب الثاني

استحسان الاستثناء بما عدا القياس الخفي

أما القسم الثاني من الاستحسان فهو العدول في المسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها لوجه آخر هو غير القياس الخفي. وقد ذكر علماء الأحناف أن فروع هذا القسم مقصورة على مواضعها ولا يتعدى فيها الاستحسان موضعه، استناداً إلى الأصل المقرر عندهم، وهو أن ما كان على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره. وهذه مسألة تحتاج إلى التأمل فإن كان الاستحسان لكسر غلو القياس، فإن ما استثنى بالاستحسان وكانت علته موجودة في غيره، يكون عدم إلحاق غيره به مبطلاً للاستحسان. وإذا كانوا قد اعتبروا أن المستثنيات النصية من باب الاستحسان فإنه يرد عليهم - مثلاً - أن الترخيص الوارد بالنص في شأن بيع العرايا - وهي بيع الرطب على النخيل بالتمر - يتعدى إلى غيره مما تدعو إليه الحاجة، كبيع العنب على أشجاره بالزبيب. وهذه المسألة ذات صلة مباشرة بالرخصة وآراء العلماء في إجراء القياس فيها^(١) ومن

(١) يمنع الحنفية من إجراء القياس في الرخص؛ لأن الرخص، فيما يرون، ثبتت على خلاف القياس، ومن شروط القياس، عندهم، أن لا يكون حكم الأصل معدولاً به عن القياس، لأن ما كان معدولاً به عن القياس لا يحتمل التعدية، فالنص النافي لحكم لا يجوز إثباته به، كبقاء الصوم مع الأكل ناسياً، فإنه معدول به عن القياس بالنص؛ لأن ركن الصوم فاع بالأكلة ناسياً؛ لأن =

الجدير بالذكر أن نشير هنا إلى أن مصطفى الزرقا رحمته الله لم يرتض تقسيمات الاستحسان المذكورة، ورأى أن ما ذكره في الأقسام غير سديد. فالحكم الثابت بالكتاب أو السنة أو الإجماع لا يصح أن يطلق عليه اسم الاستحسان، لأن ثبوته يضاف إلى القرآن أو السنة أو الإجماع، لا إلى قياس أو استحسان، وأن المراد هو استحسان الفقيه، أي ما يدخل في مجال اجتهاده، مما ليس فيه نص شرعي، أو إجماع. وأن القرآن والسنة والإجماع مصادر أساسية مقدّمة في الرتبة على القياس، فلا مجال لقياس ولا استحسان إلا فيما لم يرد من الأحكام في تلك المصادر، فإطلاق الاستحسان عليها حشر للشيء في غير زمرة، وتوسّع يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق^(١). ويردّ فضيلته رحمته الله هذا التساهل إلى رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفهم الذين يعتبرون الاستحسان قولاً بالرأي والهوى المجرد عن دليل شرعي^(٢). وعلى هذا فالاستحسان الاجتهادي، عنده، نوعان:

الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة^(٣).

وفي الحق إنّ هذا اصطلاح، ولا مشاخة فيه، وسيتبين لنا من

= ركنه هو الكفّ عن شهوتي البطن والفرج، ولم يتحقق.

انظر: أصول السرخسي ١٥٠/٢، وكشف الأسرار للبخاري ٢٢٦/٢.

(١) المدخل الفقهي ٨٥/١ و٨٦.

(٢) المصدر السابق هامش (١).

(٣) المصدر السابق ٧٧/١.

خلال الكلام على حجّة الاستحسان إنه ليس دليلاً في نفسه، وإنما هو يمثل طائفة من حالات الاستثناء، أو الترجيح لغرض التيسير والتخفيف، والأدلة هي وجوه الاستحسان.

وأياً ما كان الأمر فإننا سنتابع العلماء الآخذين بالاستحسان على تقسيماتهم فنشرع ببيان ما يشتمل عليه هذا القسم من الاستحسان وهو الفروع السبعة الآتية:

الفرع الأول: الاستحسان بالنص:

وهو يشمل كافة الصور التي استثنائها الشارع من حكم نظائرها. ولهذا فقد أطلق عليه بعض العلماء اسم استحسان الشارع، وأطلق على ما عداه اسم استحسان المجتهد^(١)، لكونه ثابتاً بتحريّ المجتهد وتقصيله وتعرفه على العلل والأسباب والحكم الشرعية، ولكثير من العلماء نزاع في تسمية هذا النوع من الاستثناء استحساناً، لأن الأحكام الشرعية فيه لم تثبت به وإنما بالنصوص الشرعية نفسها، فتسميته استحساناً هي حشر للشيء في غيرها موضعه، كما ذكرنا ذلك عن الشيخ الزرقا رحمته الله وقلنا إن المسألة اصطلاحية، ولا مشاحة في الاصطلاح، كما قيل ولا نزاع في أنّ الأحكام الثابتة بالاستحسان بالنص إنما أثبتتها النصوص نفسها، ولكن الذي يبدو أن علماء الحنفية وغيرهم ممن أخذ بالاستحسان إنما كانوا بصدد تقرير نظرية شرعية عامة تتعلق بالفروع المستثناة

(١) أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ص ١٦٧.

من حكم نظائرها، وبالأدلة التي يمكن أن تصلح سنداً للاستثناء وهذا لا يعارض أنّ الأحكام ثابتة بالنصوص، كما لا يبرّر سلب حق العلماء في جمع المتشابهات والتوفيق فيما بينها وإعطائها اسم نظرية ما. والاستحسان كاستحسان لم يثبت به شيء لأن الإثبات للأحكام واقع بوجوه الاستحسان، لا بالاستحسان نفسه. سواء كانت تلك الوجوه نصّاً أم إجماعاً أم مصلحة أم عرفاً أم غير ذلك. والذي يعيننا في موضوعنا هذا دراسة هذه المستثنيات وبيان صلتها بالتيسير ورفع الحرج.

والنصوص الشرعية التي وقع بها الاستحسان لا تخرج عن أن تكون قرآناً أو سنة، إذ لا يصلح غيرها من النصوص أن يكون دليلاً معارضاً للأقيسة والقواعد الشرعية المقررة. وأما قول الصحابي فهو من الأمور غير المتفق على حجّيتها. وسنذكر، فيما بعد، إن شاء الله، رأي الحنفية في هذا الشأن.

ونذكر هنا أنّ الاستحسان بالنص قد يكون بسبب الضرورة أو الحاجة أو غيرها من الأمور التي تعود إلى فروع آخر من الاستحسان. فأفرادها عن أن تلحق بتلك الفروع هو بسبب أن ثبوتها هنا جاء عن طرق التنصيص الشرعي، بينما ثبوتها في الفروع الآخر جاء عن طريق الاجتهاد. ونذكر فيما يأتي طائفة من هذه الاستحسانات مع بيان صلتها بالتيسير ورفع الحرج.

١- الإستحسان بالكتاب: وأمثله كثيرة، منها:

أ- إباحة أكل الميتة للمضطر بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]^(١)، استثناء من قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [المائدة: ٣]^(٢)، ورفع الحرج في ذلك واضح.

ب- تشريع صلاة الخوف على الكيفية التي وردت بها. إذ القياس في الصلاة: أن تؤدى الرباعية في أوقاتها المحدودة أربع ركعات، في كل ركعة ركوع وسجودان بشروطها وأركانها التي بينها النبي ﷺ غير أن حالة الخوف أخرجت عن ذلك. فقلل عدد ركعاتها وبُدلت كيفيتها إلى حالة تمكن المسلمين من أدائها مع المحافظة على موقفهم من العدو. قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا ﴿١١٥﴾ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أذى

(١) انظر: في الاضطرار أيضًا: سورة الأنعام: ١١٩ و١٤٥، والنحل: ١١٥ والمائدة: ٣.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٣، والنحل: ١١٥، والبقرة: ١٧٣.

مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا ﴿١٠٢﴾ [النِّسَاء: ١٠١-١٠٢] ومثل ذلك المسافر الذي أبيح له القصر. ولولا هذه التخفيفات الشرعية لما استطاع المسلمون المحافظة على دمائهم وأرواحهم ومدافعة عدوهم ولوقعوا في ضيق وحرَج، ولربما تضرروا بانتصار عدوهم عليهم، وانتهازه فرصة انشغالهم في صلاتهم. ولا تخلو حالة المسافر من دواعي التخفيفات أيضًا.

ج- تشريع الوصية، التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت، أي زمن زوال الملكية، استثناء من القياس أو القاعدة المقررة في التملك الشرعي وهي أن لا يضاف إلى زمان زوال الملكية^(١). قال تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيِّ يُوْصِي بِهَا﴾ [النِّسَاء: ١١]، و﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيِّ يُوْصِي بِهَا﴾ [النِّسَاء: ١٢]. وقد أشار فقهاء الأحناف إلى أن شرعيتها كانت لحاجة الناس إلى تدارك ما فاتهم، «لأنَّ الإنسان مغرور بأمله مقصّر في عمله فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بما له على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته الحالي»^(٢).

(١) الهداية ٢٢١/٤، وبدائع الصنائع ٣٣٠/٧.

(٢) تبين الحقائق ١٨٢/٦، والهداية في الموضع السابق.

فشرع هذا الحكم إذن كان تلبيةً للحاجة التي لولاها لوقع الإنسان في الحرج.

د- جواز الإجارة عند الأحناف وذلك لأنها تمليك منفعة. والمنافع معدومة والأصل أو القياس في المعدوم عدم صحة تملكه ولا إضافة التملك إليه^(١). ولكنها استثنيت من هذا القياس. قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوُهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال حكاية عن شعيب عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمْنِي حَبِجٍ﴾ [القصص: ٢٧]. ووردت السنة بذلك أيضاً. ونصّ الفقهاء على أن تجويزها كان لحاجة الناس إليها^(٢). وقد علمنا علاقة الحاجة بالحرج.

هـ- تجويز الفدية بدلاً من الصوم في الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام إذ اعتبر الأحناف هذا حكماً مخالفاً للقياس^(٣)، لعدم التماثل والتشابه بين الإطعام والصيام، ليُجعل أحدهما بدلاً عن الثاني^(٤). ولكن الشارع جوّز ذلك تيسيراً على

(١) نتائج الأفكار لقاضي زادة ١٤٧/٧، وبدائع الصنائع ١٧٣/٤، وتبيين الحقائق ١٠٥/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٣/٤، والهداية ١٦٩/٣، وراجع سائر كتب الفقه الحنفي في باب الإجارة.

(٣) الهداية ٩١/١، ومجمع الأنهر ٢٥١/١.

(٤) يرى الإمام مالك عدم الفدية، وهو قول الشافعي القديم، واختيار الطحاوي من علماء الأحناف، لأنه عاجز عن الصوم فأشبهه المريض إذا مات قبل =

الشيخ الفاني لعدم استطاعته أن يُقدّم بدلا من جنس الصوم قال تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾

[البقرة: ١٨٤]

٢- الاستحسان بالسنة: ومن أمثلة:

أ- إنَّ قياس الصوم زوال حقيقته عند وجود ما يضادّه، كدخول الأكل والشرب إلى الجوف، سواء كان الصائم عامداً أم مخطئاً أم ناسياً. غير أن حالة الناسي استثنيت من هذا القياس بنصّ الحديث الوارد عن النبي ﷺ وقوله فيه للذي أكل وشرب ناسياً: «تمّ على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك»^(١). ونقل عن أبي حنيفة (ت ١٥٠هـ) قوله: لولا قول الناس لقلت يقضي أي إن القياس الظاهر يوجب القضاء، إلا أنني استحسنت تركه بنص خاص ورد فيه بخلاف سائر

= البرء. (مجمع الأنهر ١/ ٢٥١).

ووجهة نظر الإمام مالك: إنَّ الصوم لم يجب على الشيخ الفاني لعجزه عنه، فأشبهه المريض إذا مات قبل البرء، لعدم إدراكه عدة من أيام أخر يستطيع فيها الصوم والشيخ الفاني كذلك، إذ المفروض فيه عدم القدرة، أو القدرة مع المشقة وهي باقية إلى الموت (لاحظ: المصدر السابق، وتبيين الحقائق ١/ ٣٣٤).

(١) رواه الجماعة إلا النسائي. والحديث صحيح وقد جاء بالفاظ وروايات متعددة منها ما جاء عن ابن هريرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ «من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه». وفي لفظ «من أفطر يوما من رمضان ناسيا فلا قضاء عليه ولا كفارة» (راجع: نيل الأوطار ٤/ ٢٣١).

النصوص الثابتة^(١).

وقد أثبتوا هذا الاستثناء في الوقاع أيضاً، للاستواء في الركنية^(٢).

ومن الواضح أنّ في مراعاة النسيان، تخفيفاً وتيسيراً على الناسي الذي لم يكن ما فعله بقصد منه.

ب- إنّ القياس أو القاعدة الثابتة عدم جواز بيع المعدوم لقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»^(٣). غير أنّ السّلم، وهو بيع ما ليس عند الإنسان، قد رُخص فيه بالنص، فاستثنى به حكم أمثاله. قال ابن عباس: «قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(٤). وقد صرح الفقهاء

(١) تقويم الأدلة ص ٤٠٥، وبدائع الصنائع ٩٠/٢.

(٢) الهداية ٨٧/١.

(٣) رواه الخمسة عن حكيم بن حزام قال: «قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه، ثم ابتاعه من السوق، فقال: لا تبع ما ليس عندك». ول بعضهم في الحديث مقال. وقد رد الشوكاني عليهم وقال إنه: حسن صحيح. (راجع نيل الأوطار ١٧٥/٥).

(٤) رواه الجماعة. وقد رويت أحاديث آخر في هذا الباب من غير ابن عباس (نيل الأوطار ٢٥٥/٥ وما بعدها).

وقد روي أن ابن عباس يرى أن السّلم مستثنى بنص القرآن أي بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وبوجهه النظر هذه أخذ كثير من الفقهاء الأحناف. (راجع: فتح القدير ٥/٣٢٣).

بأنّ الحكمة من شرعيته هي شدة الحاجة إليه^(١)، وأنه شرع لأجل ما فيه من مصلحة، وإن كان على خلاف القياس^(٢).

ج- إنّ الأصل أو القياس في مقتضى عقد البيع اللزوم، وإنه يكون صحيحاً ما لم يتضمّن شرطاً، لنهيهِ ﷺ عن بيع وشرط^(٣). فكل ما كان مخالفاً لهذا المقتضى فهو مفسد للعقد، وخيار الشرط كذلك^(٤). غير أنه ورد عن النبي ﷺ تجويز خيار الشرط مع بقاء البيع صحيحاً. على خلاف هذا الأصل أو القياس. روي أنّ حَبَّان بن مُنْقِذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه^(٥) كان يُعَبِّن في البياعات. فقال له ﷺ: إذا بايعت فقل: لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام^(٦). فيكون جواز خيار الشرط حينئذ استثناء بالنص من قضية مقتضى العقد المعهودة في الشرع، وقد صرّح الفقهاء بأن الخيار إنما

(١) المصدر السابق.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أخرجه الحاكم في علوم الحديث، والطبراني في الأوسط، وهو حديث غريب من رواية أبي حنيفة عن عرورة بن شبيب عن أبيه عن جده. انظر: سبل السلام ٣٣٣/٢.

(٤) العناية للبابرني ١١٠/٥.

(٥) حَبَّان بن منقذ. هو الرجل الذي ذكر للنبي ﷺ أنه ممّن يُخَدَع في البيوع، فقال ﷺ: إذا بايعت فقل لا خلافة متفق عليه.

انظر: سبل السلام ٩/٣ تصحيح وتعليق حسين بن قاسم، والتلخيص الحبير ٢١/٣.

(٦) الهداية ٢٧/٣.

شرع للحاجة إلى التروّي، ليندفع الغبن^(١) المستلزم للخرج لا سيما إذا كان المتعاقد ممن يُغبن في البيوع.

د- الاكتفاء بذلك الخفّ إذا أصابته نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمنى^(٢). مع أن القياس في ذلك أن لا يجوز، لتداخل، النجاسة فيه، كما هي الحالة في الثوب والبساط، إذا داخلتهما النجاسة^(٣) ولكنّ هذا القياس لم يُؤخذ به في هذه الحالة، لقوله ﷺ: «فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالأرض فإن الأرض لهما طهور»^(٤) والتيسير ورفع الحرج في هذه المسألة واضح.

شبهة في الإستحسان بالنص وردّها:

وردت جزئيات قليلة في استحسان النص يؤهم ظاهرها بالخرج كقول الحنفية ببطلان الوضوء بالقهقهة، وفساد صلاة الرجل إن حاذته امرأة في صلاة مشتركة، وهذه الأحكام إن صحت النصوص الشرعية التي استندت إليها فلا بُدّ من توجيهها توجيهًا متلائمًا مع مقاصد الشارع وإخباراته برفع الحرج عن العباد دفعًا للتناقض عن النصوص.

(١) المصدر السابق.

(٢) وعن محمد إن ذلك لا يجوز إلا في المنى (الهداية ١/ ٣٥).

(٣) فتح القدير ١/ ١٣٥.

(٤) روى أبو داود عن أبي سعيد الخدري أنه ﷺ قال: «إذا جاء أحدكم المسجد فليُنظر، فإن رأى في نعله أذى أو قذرًا فليمسحه، وليصل فيهما». وخرّج ابن خزيمة عن أبي هريرة ﷺ أنه ﷺ قال: «إذا وطئ أحدكم الأذى بنعله، أو خفيه فطهورهما التراب. انظر: فتح القدير ١/ ١٣٥ و ١٣٦.

أما بطلان الوضوء بالقهقهة الذي قال به الحنفية فإنه مستثنى من القياس الذي يقتضي أن الصلاة وَحْدَهَا هي التي تبطل، لأن الخلل كان فيها ذاتها لا في الوضوء. ولكن ورد عن النبي ﷺ ما يفيد بطلان الوضوء أيضًا^(١)، إذ أمر من قهقهوا في صلاتهم بإعادته لأنهم رأوا أعمى يتردى^(٢). وهذا الحديث وإن كان ضعيفا عند كثيرين من العلماء^(٣) فلم يأخذوا به، إلا أنه صحَّ عند الحنفية فأخذوا به. ووجه الإشكال إن القول ببطلان الوضوء شاقٌّ بالنسبة إلى عدم بطلانه. فيكون الأخذ بالاستحسان أكثر مشقةً من الأخذ بالقياس، فكيف يقال: إن في الاستحسان تيسيراً ودفعاً للخرج والمشقة عند القائلين به؟ ويمكن أن يجاب عن الحنفية في هذا الشأن بأن يقال: إن إعادة الوضوء ليس فيها مشقة خارجة عن المعتاد، وإنها تلزم بسبب الإخلال بالخشوع الذي هو روح الصلاة. ويضاف إلى ذلك أنها كانت في عهده ﷺ عقاباً على سخرتهم بالرجل الأعمى الذي كانت قهقهتهم إيذاء وإيلاماً نفسياً له تزيد على مشقة إعادة الوضوء.

أما فساد صلاة الرجل إن حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاة واحدة، إن نوى الإمام إمامتها، فهو مستثنى من القياس

(١) الهداية ١/١٥.

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٥٢.

(٣) المنخول ص ٣٧٦.

الذي يقتضي أن لا تفسد صلاته، قياساً على صلاتها التي لا تفسد بمحاذاته، كما هو مذهب الشافعي، استناد إلى قوله ﷺ: «أَخْرَوْهْنَ مِنْ حَيْثُ أَخْرَهُنَّ اللَّهُ»^(١). ووجه الإشكال في هذا إن فساد الصلاة يعني عدم الاعتداد بها ووجوب إعادتها. وأداء الصلاة ثانية أكثر مشقةً من الاكتفاء بها مع المحاذاة. غير أن تأمل هذه الجزئية لا يعزّز هذه النتيجة. لقد اشترط علماء الأحناف لفساد الصلاة بالمحاذاة مجموعة من الشروط، لا يتحقّق الفساد إلا بوجودها. ومن هذه الشروط أن تكون المحاذاة لمشتهاة منوية الإمام في ركن صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء، مع اتحاد مكان وجهه دون حائل وفرجة، حتى أنه لو كان أحدهما على دكان قدر القامة والآخر أسفله فلا محاذاة^(٢). وهذه الشروط تكشف عن أن السبب في ذلك هو انشغال بال المصلي بالمشتهاة المحتكة به، مما يضيّع الخشوع في الصلاة، ويفوّت الغاية المقصودة منها. وإذا فوّت ذلك منها لم يتحقّق بها أجر، ولا تبرأ ذمة. وهذه مشقة جديدة أشدّ على المرء من إعادة صلاة ثانية، على وجه لا ينشغل باله فيها بفتاة تحتكّ به، وهي ممّن يُشْتَهَى. وقد حكى بعض العلماء كالفخر الرازي في تفسيره، أنه لا بد في الخشوع من خضوع القلب والبدن مجتمعين^(٣). ومسلك الشارع يكشف عن هذه

(١) فتح القدير ٢٥٥/١ وانظر حاشية البابرني وما قاله في هذا الحديث.

(٢) حاشية سعدي جلبي على شرح العناية ٢٥٥/١.

(٣) سبيل السلام للصنعاني ٢٢٦/١.

الحقيقة. وقد رُوي عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قدم العشاء فابدؤوا به قبل أن تصلّوا المغرب»^(١). وعلل كثير من العلماء أمره ﷺ بتقديم الطعام، فقالوا: هو تشويش الخاطر بحضور الطعام مما يفضي إلى ترك الخشوع^(٢).

ويعزّز هذا ما روي عن بعض الصحابة. فقد أخرج ابن أبي شيبه عن أبي هريرة رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما أنهما كانا يأكلان طعاما وفي التنور شواء، فأراد المؤذن أن يقيم الصلاة، فقال له ابن عباس رضي الله عنهما (٦٨هـ)^(٣): «لا تعجل لا نقوم وفي أنفسنا منه شيء. وفي رواية: لئلا يعرض لنا في صلاتنا»^(٤).

ولهذا فقد ذهب بعض العلماء، كالغزالي في الإحياء إلى وجوب الخشوع في الصلاة^(٥)، وسواء كان الخشوع واجبا أم غير واجب، فإن تركه يؤدي إلى الإخلال بالصلاة من غير شك،

(١) حديث متفق عليه (انظر سبل السلام ١/٢٢٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) هو أبو العباس عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب بن هاشم، ابن عم النبي ﷺ عرف بذكاته ووقرة علمه وفقهه، وكثرة اطلاعه، ولقب بحبر الأمة لتلك المزايا، توفي في الطائف بعد أن كُفّ بصره سنة ٦٨هـ).

راجع في ترجمته: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٨، وشذرات الذهب ٧٥/١، والأعلام ٩٥/٤.

(٤) المصدر السابق ١/٢٢٨.

(٥) إحياء علوم الدين ١/١٤٣، والمصدر السابق ١/٢٢٦.

ويتنافى تماماً مع قدسية العبادة والتوجه إلى الله تعالى والانقطاع عن الدنيا فضلاً عن شهواتها.

قد يقال: إذا كان التشويش يصيب الرجل فهو يصيب المرأة أيضاً فلماذا لم تفسد صلاتها؟

وهذا القول فيه وجاهة وكان مقتضى ما ذكرنا من توجيه أن تفسد صلاتها أيضاً. ولكننا نعرض لبيان وجهة نظر الأخذين بالاستحسان هنا، ولبيان الأسس التي أنبت عليها نظريتهم. وقد وجهوا عدم فساد صلاتها بأن الحديث موجه إلى الرجال دون النساء، فهم الذين لم يمتثلوا الأمر، وهم المطالبون بتأخير النساء^(١). وهو تبرير غير مقنع، لتساوي الاثنين في سبب الفساد.

الفرع الثاني: الاستحسان بالإجماع:

ويتحقق هذا النوع من الاستحسان بإفتاء المجتهدين في حادثة ما، على خلاف القياس أو الأصل العام أو القاعدة المقررة في أمثالها، أو بسكوتهم وعدم إنكارهم ما يفعله الناس، إذا كان فعلهم مخالفاً للقياس أو الأصل المقرر^(٢) ومن أمثال هذا النوع:

١- تجويز الاستصناع الذي هو تعاقد شخصي مع صانع على

(١) مجمع الأنهر لشيخ زادة ١١١/١.

(٢) أصول الفقه الإسلامي لزكي الدين شعبان ص ١٥٩.

أن يصنع له شيئاً نظير مبلغ معيّن. وقد أجازاه الفقهاء بشروط مخصوصة مبيّنة في كتب الفقه، وأجمعوا على ذلك، مع أن القياس يأبى جوازه^(١)، لأنه من باب بيع المعدوم الممنوع بنصّ الحديث. ولكنهم جوّزه. وأخرجوه من أن يتناوله حكم نظائره، لجريان التعامل به فيما بين الناس من لدن عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا^(٢) استحساناً.

وإذا كان هذا التعامل جارياً - كما يقول السرخسي - منذ عهد الرسول ﷺ^(٣) فينبغي أن يكون من باب الاستحسان بالنص؛ لأنه يعتبر سنة تقريرية مخصّصة للنص العام المانع من بيع المعدوم، بل روى الزيلعي أن رسول الله ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً^(٤). وإذا صح ذلك كان هذا من باب السنة العملية.

أيّ ما كان نوع هذا الاستحسان فإنّ التيسير فيه واضح، لأنّه مبني على مراعاة الحاجة ودفع الضرر.

٢- تجويز دخول الحمام من غير تعيين الأجرة وتقدير مدة اللبث، مع أنّ القياس يمنع من ذلك؛ لأنّ دخول الحمام إجارة: «ولا بُدّ فيها من بيان المدة، كما أنها واردة على استهلاك العين

(١) تقويم الأدلة ص ٤٠٥، وبدائع الصنائع ٢/٥، وأصول السرخسي ٢/٢٠٣، وكشف الأسرار للبخاري ٣/٤.

(٢) أصول السرخسي ٢/٢٠٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) تبين الحقائق ٤/١٢٣، وانظر فتح القدير ٥/٣٥٥.

ولا بدّ من بيان مقداره، ففيها جهالتان: في المعقود عليه، وفي المدة. وكل واحدة منهما تكفي في إفساد الإجارة^(١). ولكنها أبيحت استحساناً، وتساهلوا في أمرها، وانعقد إجماعهم على ذلك^(٢).

وإباحتهم لها في الحقيقة كانت بسبب حاجة الناس إليها وتعارفهم على ذلك^(٣). وقد اعتبر الكثيرون هذا الاستحسان من أفراد الاستحسان بالإجماع. ولكننا نرى أنه من الممكن أن يكون من أفراد الاستحسان بالعرف أو الحاجة أيضاً، وأنّ الإجماع وقع عليه لهذا السبب.

٣- ومن الاستحسان بالإجماع في المذهب المالكي ما قالوه من إيجاب غرم بغلة القاضي على من قطع ذنبها. فإنّ الأصل أن لا يغرم إلا قيمة ما نقصها من القطع خاصة، ولكنهم استحسنوا أن يغرم ثمنها، لأنّ بغلة القاضي - كما قالوا - لا يحتاج إليها إلا للركوب وقد امتنع ركوبه لها بسبب فحش ذلك العيب، حتى صارت هذه الدابة بالنسبة إلى ركوب أمثال القاضي في حكم العدم^(٤).

(١) تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٥٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الهداية بشرح نتائج الأفكار ١٧٨/٧ و ١٧٩.

(٤) الموافقات ٢٠٨/٤، والاعتصام ١٢١/٢.

الفرع الثالث: الاستحسان بالضرورة^(١):

ويتحقق هذا النوع في كل جزئية يكون الأخذ بها وفق الأصل العام أو القواعد المقررة أو القياس أمراً متعذراً، أو ممكناً لكنه يلحق بالمكلف مشقة وعسراً شديدين، فيعدل بها عن أن يحكم فيها بمثل ما حكم به في نظائرها للسبب المذكور ورفع الحرج في هذه الحالة بَيِّن؛ لأنه إن وجدت ضرورة تقتضي التخفيف ورفع الحكم العام عن المكلف ولم يرفع، فإنه واقع في المشقة البالغة والحرج الشديد. قال السرخسي: «والحرج مرفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذنا فيه بالقياس»^(٢).

(١) يمكن ملاحظة بعض ما يتعلق بالضرورة، وضبطها في كتب القواعد الفقهية، وفي شروح مجلة الأحكام العدلية. وتوجد دراسات معاصرة كثيرة عن نظرية الضرورة، منها:

- أ- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي للدكتور وهبة الزحيلي.
- ب- ومنها: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها. لجميل محمد بن مبارك.
- ج- ومنها: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي، والقانون الجنائي الوضعي للدكتور يوسف قاسم.
- د- ومنها: الضرورة والحاجة وأثرهما في التشريع الإسلامي للدكتور عبدالوهاب أبو سليمان.
- هـ- ومنها: مفهوم الضرورة في القانون الدولي للدكتور مصطفى أحمد فؤاد.
- و- ومنها: النظرية العامة للإكراه والضرورة للدكتور ذنون أحمد.
- ز- ومنها: الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور محمود محمد عبدالعزيز الزبني، وغيرها كما توجد أبحاث متعددة في هذا المجال، وكتب ورسائل علمية في جوانب محددة، من الضرورة والظروف الاستثنائية.

(٢) أصول السرخسي ٢/٢٠٣.

ولبيان معنى هذا النوع من الاستحسان لا بد من معرفة حالة الضرورة التي يتم استثناءها من القياس، أو القواعد العامة؛ لأنه من دون معرفتها ومعرفة ضوابطها لا يتحقق تفعيل لهذا النوع من الاستحسان. أما الاستحسانات الواردة عن العلماء، على أنها من استحسان الضرورة، فهي من اجتهاداتهم التي توصلوا بها إلى وجود الضرورة في الحالات التي استثنيت، كما ذكروا. والضرورة أصلها من الضرر وهو الضيق^(١). وقد قيلت في تعريفها آراء متعدّدة، فمنهم من فسرها بخوف التلف^(٢)، وبلوغ الإنسان حداً، إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب^(٣)، وبأنها الخوف على النفس من الهلاك، علماً أو ظناً، أو هي خوف الموت، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت^(٤)، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك، ولو ظناً^(٥).

وأغلب تفاسير العلماء كانت منصبة على بيان الضرورة عند الاضطرار إلى الطعام أو الشراب^(٦) غير أن الاستحسانات الواردة عن العلماء لهذا السبب أو الوجه لم تكن الضرورة فيها مختصة بالطعام والشراب، كما أن بعضها لم يصل إلى الدرجة التي

(١) مفاتيح الغيب لفخر الدين الرازي ٨٢/٢.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٥٥/١.

(٣) المنشور ٣١٩/٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٤.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٥٠.

(٥) نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي ص ٦٤.

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٢٦٠/١.

ذكروها؛ ولهذا فإن الضرورة، هنا، ينبغي أن تحمل على عموم الأمور التي يحتاجها المكلف.

ويمكن أن نقول: إن الضرورة هي الحالة التي تطرأ على الإنسان بحيث لو لم تراخ لجزم أو خيف أو تضيع مصالحه الضرورية. والمصالح الضرورية هي أعلى أنواع المصالح التي فسد الشارع المحافظة عليها، وهي ما لا بد منها في حفظ الأمور الخمسة أو أحدهما، وهي الدين والنفس والمال والعقل والنسل^(١).

هذا وللضرورة ضوابط لا بد من تحققها لمن أراد تفعيلها في الاجتهاد، واستثناء حالاتها من الدليل العام أو القياس. سنورد بعضها عند بيان مدى الإفادة من الاستحسان في العصر الحاضر. وأما الاستحسانات الواردة في كتب الفقه والأصول، فقد بثَّ فيها العلماء، وحدّدوا أن الأخذ بها كان للضرورة. وسنكتفي، عند ذكرها، بالتنبيه على ما يترتب على عدم الأخذ بها استحساناً، من المشقة والخرج. ومن لاستحسانات التي ذكروها:

١- طهارة الآبار والحياض بعد تنجّسها. والقياس أو القواعد العامة تقتضي أن لا تطهر، لأنّ نزح جميع الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤدي إلى طهارتهما لأن ما ينبع في البئر أو يصب في الحوض لا بدّ أن يلاقي نجساً فينجس، فلا

تتحقق طهارته، ولكنّ الشارع حكم بطهارتهما للضرورة. ومثل ذلك: «الحكم بطهارة الثوب النجس، إذا غسل في الإجانات، فإن القياس يأبى جوازه، لأن ما يرد عليه النجاسة يتنجس بملاقاته، تركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس»^(١). ومثل ذلك أيضًا تطهير بدن المصلي والمكان الذي يصلي فيه، بالماء. مع أنّ القياس يمنع ذلك، لأنّ الماء يتنجس بأوّل ملاقة النجس، فلا يفيد الطهارة. ولكن القياس ترك هنا للضرورة، وأجاز أبو حنيفة وأبو يوسف التطهير بكل مائع طاهر أيضًا^(٢).

٢- عدم فساد مياه آبار الفلوات بسقوط البعرة أو البعرتين من بعر الإبل أو الغنم فيها. وكان مقتضى القياس أن يفسد الماء لوقوع النجاسة فيه، لأن النجس ينجس ما يلاقيه. ولكنهم تركوا القياس عند سقوط البعرات القليلة في آبار الفلوات استحسانًا، وجعلوها غير مفسدة للماء، لأنّ آبار الفلوات ليست لها حواجز تمنع من سقوط ما تبعره الماشية فيها بسبب الرياح فجعل القليل منه عفوًا للضرورة^(٣) ولم يفرّقوا في ذلك بين الرطب واليابس والصحيح والمتكسر وروث الفرس والحمار وخثي البقر والجاموس، وبعر الإبل والغنم

(١) تقويم الأدلة ص ٤٠٥، وأصول السرخسي ٢٠٣/٢

(٢) الهداية وشرحها فتح القدير ١٣٣/١.

(٣) المصدر السابق.

لشمولها بحكم الضرورة. أما الكثير فلم يشملها هذا التخفيف لعدم الضرورة^(١).

٣- جواز النظر إلى ماعدا الوجه والكفين من المرأة الأجنبية. والقياس أو الأصل المقرر أنّ ذلك لا يجوز قال تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِيَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، وقد فُسّر ما ظهر منها بمواضع الزينة وهي الوجه والكفان. ولكن بشرط عدم الشهوة^(٢). ولكنهم أخرجوا بعض الحالات من أن يتناولها هذا الحكم، لما في ذلك من ضرورة أو حاجة، كجواز نظر الطبيب إلى موقع المرض مع أنّه أجنبي عنها، لغرض مداواتها وحفظ حياتها، وكجواز النظر إلى ساعدها ومرفقها لمن أجزت نفسها إليه للطبخ والخبز، لكون طبيعة العمل تقتضي ذلك^(٣)، وكجواز نظر الخاطب إلى الوجه والكفين عند طلب التزوّج^(٤)، وإن علم أنّه يشتهيها، وجواز مثل ذلك للقاضي الذي يحكم، والشاهد الذي يشهد

(١) العناية للبابرني ١/ ١٤٠.

(٢) الهداية ٨٣/٤.

(٣) العناية للبابرني ٨/ ٩٧.

(٤) وقد ثبت هذا بالسنة. فعن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل). وهو حديث صحيح له شواهد عند غير واحد من العلماء. (راجع تخريجه في سبل السلام ٣/ ١١٩ - ١٢٠) وعلى هذا فهو من استحسان السنة ولكنهم أوردوه هنا لوجه الضرورة فيه.

عليها^(١). وفي كل ذلك تخفيف وتيسير. قال السرخسي:
(والمرأة عورة مستورة، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع
منها للحاجة والضرورة فكان ذلك استحسانا، لكونه أرفق
بالناس)^(٢).

٤- ومن الاستحسان بالضرورة عدم إفطار من دخل في حلقه
ذباب وهو ذاكر لصومه، وجواز الشهادة على الشهادة في كل
حق لا يسقط بالشبهة في حالة العجز عن الأصول بسبب
موتهم أو مرضهم أو وجودهم في مكان بعيد، يمنعهم من
حضور مجلس القضاء، وجواز الشهادة في النسب والموت
والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف وإن لم
يعاين بسبب اختصاص المعاينة في هذه الأمور بالخواص من
الناس وتعلق أحكام بها تبقى قرونا عديدة^(٣) وأمثال ذلك
كثيرة.

(١) الهداية مع تكملة فتح القدير (نتائج الأفكار) ٩٩/٨.

(٢) المبسوط ١٤٥/١٠.

وقد جوزا أيضًا النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل لأنه مداواة سواء كان
للمرض أو للزال. وهذا هو المروي عن أبي يوسف. (المبسوط ١٥٦/١٠،
والهداية بشرح فتح القدير ٩٩/٨).

وقد نفى السرخسي أن يكون ما حُكي عن الشافعي رحمته الله من جواز ذلك - إذا
قيل له إن الحقنة تقويك على المجامعة - من هذا القبيل - أي استحسان
الضرورة - لأن كشف العورة من غير ضرورة لمعنى الشهوة لا يجوز.

(٣) راجع في هذه الجزئيات: فتح القدير ١٤٠/١، وتبين الحقائق ٦٦/٢، و٤/

٢٣٨، و٢١٥/٤.

الفرع الرابع: الاستحسان بالعرف^(١)؛

لعلّ أوسع تعريفات العرف انتشارا قولهم إنه ما استقرّت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقّته الطبائع بالقبول^(٢). وبعضهم قيّد الطبائع بالسليمة^(٣). ويترتب على هذا التعريف. وما تابعه إشكال متأّت من ربط العرف بالعقل، وتلقّي أصحاب الطبائع السليمة بالقبول، مع أن ذلك ليس بلازم، لوجود أعراف ليست بهذه الصفة.

والعرف ليس إلا توسيعاً لعادة، بل هو نوع منها لكنه متعدّد الأفراد، وواسع الانتشار، والعادة هي الأمر المتكرّر^(٤).

وللعرف والعادة أهمية كبيرة في حياة الإنسان، إذ هي بعد أن تتكوّن وتصير في دور الثبات يصعب الإقلاع عنها، سيئة كانت أو حسنة^(٥) لأن النفس، كما يقول ابن خلدون (٨٠٨هـ) إذا ألفت شيئاً صار في جبلّتها وطبيعتها^(٦)؛ ولهذا نعتت بأنها طبيعة ثانية^(٧).

وقد أخذت أكثر المذاهب الإسلامية بالعرف والعادة، لكنها

(١) انظر تعريفات العرف والعادة والكتب المؤلفة في ذلك في كتابنا (قاعدة العادة محكمة).

(٢) التعريفات ص ١٣٠.

(٣) الكليات للكفوي ص ٦١٧.

(٤) انظر كتابنا (قاعدة العادة محكمة).

(٥) مسائل فلسفية للدكتور توفيق الطويل وجماعته ٥٨/١.

(٦) المقدّمة ص ٢١٩.

(٧) تحليل الشخصية للدكتور محمد خليفة بركات ص ١٥٤.

متفاوتة في مدى الأخذ به، وربما كان المالكية هم الأكثر أخذاً به، وإعمالاً له، يليهم الحنفية، ثم باقي المذاهب^(١). ولكننا نشير إلى أن العمل به ليس مطلقاً، بل لا بدّ من تحقّق طائفة من الشروط، ليس هذا محلّها^(٢).

والذي يعنينا في موضوع الاستحسان بالعرف، هو العادات والأعراف الجارية بين الناس في الجزئيات التي يكون الأخذ بالعرف أو العادة فيها مخالفاً للأقيسة والقواعد المقرّرة، ومستثنى منها. والاستحسان بالعرف ليس خاصاً بالمالكية، بل هو من أقوال علماء الحنفية، أيضاً. وذكر الغزالي (ت ٥٠٥هـ) أن الكرخي (٣٤٠هـ)، ذكر من أنواع الاستحسان اتباع عادات الناس وعرفهم، كتصحيحهم بيع المعاطاة، على خلاف القياس^(٣)، كما عدّه الجصاص نوعاً من الاستحسان أيضاً ومثّل له بدخول الحمام^(٤). ومن الغريب أن بعض أصحاب الرسائل يرى أن إسناد الاستحسان بالعرف إلى الأحناف لم ينبّه عنه كتاب الأصول، وأنه استنبطه بعض المعاصرين من بعض الجزئيات المروية عن الأحناف^(٥). وفيما ذكرناه نفي لهذا الدعوى. كيف وقد ورد عن

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي ص ٨٣.

(٢) انظر في ذلك كتابنا (قاعدة العادة محكمة).

(٣) المنخول ص ٣٧٦.

(٤) الفصول في الأصول ٢٤٨/٤.

(٥) انظر: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان.

أبي حنيفة أنه يرجع إلى معاملات الناس وأعرافهم^(١). ورفع الحرج في الأخذ بالأعراف بين لأن الأعراف والعادات - كما قالوا - طبائع ثانية .. وفي نزاع الناس عنها خروج عن مبدأ التيسير الثابت في الشريعة.

على أن الأخذ بالعرف ليس مطلقاً، بل له شروطه وقواعده ومواضعه التي يُحكم فيها. مما يعرف في مواضعه من كتب القواعد والأصول. والنماذج على هذا النوع في الفقهاء المالكي والحنفي كثيرة. نكتفي منها بما يلي:

١- جواز وقف المنقول فيما فيه تعامل عند محمد^(٢)، مع أنّ القياس أو القاعدة المتبعة فيه أنه لا يجوز، لأنّ الأصل في الوقف أن يكون على التأييد، بينما المنقول لا يتحقق فيه هذا الوصف، وعلى هذا فلا يجوز. فيكون تجويز وقفه إخراجاً له من أن يتناوله حكم أمثاله. وقد أجاز محمد وأبو يوسف ذلك في الكراع والسلاح لوجود الآثار المشهورة فيه فيكون إخراجها على هذا استحساناً بالنص^(٣) وهذا أمر سبق أن تحدّثنا عنه.

(١) مناقب أبي حنيفة للموفق المكي. نقله الشيخ محمد أبو زهرة رحمته الله في كتابه: (أبو حنيفة) ص ٢٣٥.

(٢) الهداية مع شرحها فتح القدير ٥٠/٥.

(٣) المصدر السابق وانظر في الشرح الأحاديث الواردة في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه وغيره.

أما فيما عدا ذلك فإنَّ محمّداً أجاز وقف ما فيه تعارف كالجنازة والفأس والقُدوم وثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من الأواني والقُدور في غسل الموتى، والمصاحف. وإلى ذلك ذهب عامّة المشايخ ومنهم الإمام السرخسي^(١)، بل إن بعضهم زاد أشياء من المنقول لم يذكرها محمد، بسبب جريان التعامل فيها، كمن وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل، كما أجاز بعضهم وقف الدراهم أو الطعام وما يكال ويوزن، وأجاز آخرون غيرهم وقف الأكسية وأسرّة الموتى وغيرها^(٢). وهذه الأمور التي ذكروها مما تدعو الحاجة إليها ويتحقّق بها نفع عظيم، فأبواب الحاجة واسعة وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان ولهذا فإن تجويز وقف المنقولات التي تدعو إليها الحاجة محقّق للهدف والغاية المقصودة من الوقف، كما أن فيه تيسيراً وقضاء لحوائج الناس. ولهذا نجد أن أكثر فقهاء الجمهور توسّعوا في ذلك كثيراً وأجازوا وقف كلّ ما يتحقّق في وقفه النفع^(٣).

٢- صحّة بيع التمر مع شرط بقاءه حتى ينضج^(٤) عند الإمام

(١) فتح القدير في المرجع السابق.

(٢) المصدر السابق ٥١/٢ و ٥٢.

(٣) المصدر السابق.

(٤) ومثل ذلك بيع الزرع بشرط الترك. انظر: الهداية بشرح في القدير ٢٠/٣،

وتبيين الحقائق ١٢/٤.

محمّد. وفي القياس يفسد البيع، لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وهو شغل ملك الغير أو إنها صفقه في صفقة، سواء كانت إجارة في بيع إن كان للمنفعة حصّة من الثمن، أو إعارة في بيع إن لم يكن لها حصّة. وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقة في صفقة^(١).

وبالقياس أخذ أبو حنيفة (١٥٠هـ)^(٢) وأبو يوسف (١٨٢هـ) ولكن محمّدًا (ت ١٨٩هـ) استحسّن جواز ذلك لجريان العادة به. فأخرج هذه المسألة عن أن يتناولها حكم القاعدة المقرّرة، وخصّص النصوص العامة بهذا التعامل^(٣) الذي دعت إليه حاجة الناس ومصلحتهم^(٤).

(١) الهداية وشرحها فتح القدير ٢٠/٣، وتبيين الحقائق ١٢/٤.
(٢) هو: النعمان بن ثابت الكوفي التيمي بالولاء. أحد أئمة المذاهب الفقهية السنية. ولد في الكوفة سنة ٨٠هـ، ونشأ فيها، وتلقى علمه على حماد بن سليمان. أراد عمر بن هبيرة على القضاء في الكوفة فامتنع، وأراد المنصور العباسي بعد ذلك على القضاء ببغداد فلم يوافق فحبس. وكانت وفاته ببغداد سنة ١٥٠هـ.

من آثاره: الفقه الأكبر في علم الكلام، والمسند في الحديث، والرد على أهل القدر، والنماذج في الفقه برواية أبي يوسف.

راجع في ترجمته: أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١-١٤١هـ، الفهرست ص ٢٨٤. طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٦، شذرات الذهب ١/٢٧٧، هدية العارفين ٢/٤٩٥، معجم المؤلفين ١٣/١٠٤، الفتح المبين ١/١٠١.

(٣) من الممكن أن تدخل هذه الجزئية فيما ورد عن النبي ﷺ أنه (نهى عن بيع وشرط) انظر: تعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلبي ص ٣٥٥.

(٤) المصدر السابق.

٣- جواز استئجار جمل ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى أحد البلدان. مع أن القياس يمنع من ذلك لما في هذه الإجارة من الجهالة التي قد تفضي إلى المنازعة. والأصل في الإجارة أن لا تكون كذلك، ولكن الحنفية - خلافاً للشافعي (ت ٢٠٤هـ)^(١) أجازوا ذلك استحساناً، لأن المقصود أساساً هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وجهالته ترتفع بالصَّرف إلى المتعارف عليه وهو المحمل المعتاد، فلا يفضي إلى المنازعة^(٢) فكان الحنفية في استحسانهم يرون أن منعه، مع أنه قد تدعو إليه الحاجة، فيه تضيق وتشديد لا سيما إذا كان الناس قد اعتادوه فانتفت دواعي فسادته بتعارفهم. ومثل ذلك - في هذا العصر - استئجار سيارات اللوري أو الباصات

(١) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المظلي، أحد أئمة المذاهب السنية الأربعة. ولد بغزة في فلسطين، على ما هو الصحيح والمشهور من الآراء سنة ١٥٠هـ، وحمل إلى مكة وعمره سنتان. فنشأ فيها وحفظ القرآن وهو ابن سبع سنين، وموطأ مالك وهو ابن عشر، وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي فقيه مكة. لازم مالكا، ثم قدم بغداد مرتين، وحدث بها، واجتمع إليه علماؤها وأخذ واعته، ثم خرج إلى مصر، وأقام فيها حتى اختاره الله إلى جواره سنة ٢٠٤هـ، ودفن بها.

من آثاره: الرسالة في أصول الفقه، واختلاف الحديث، والمبسوط في الفقه برواية الربيع بين سليمان والزعفراني، وأحكام القرآن، والأم. راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٣/٣٠٥، ومعجم الأدباء ١٧/٢٨١، وطبقات الشافعية للأسنوي ١/١١، وشذرات الذهب ٩/٢ و ١٠، والفتح المبين ١/١٣٧، وما بعدها ومعجم المؤلفين ٩/٣٢.

(٢) الهداية بشرح فتح القدير ٣/١٨٤.

لنقل الركاب وأمتعتهم في الشركات التي لا تتطلب تعيين المحمولات.

الفرع الخامس: الاستحسان بالمصلحة^(١):

المصلحة في اللغة تعني المنفعة، وفي الاصطلاح قيلت فيها تعريفات كثيرة، منها تعريف الدكتور البوطي بأنها (المنفعة التي

(١) استهوى موضوع المصلحة جمهور العلماء المعاصرين، بعدّها وسيلة تساعد على الإنطلاق في مجال الاجتهاد، وتخريج الأحكام الشرعية للوقائع الجديدة. وكان من أوائل ما كتب في ذلك رسالة (المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي) للدكتور مصطفى زيد رحمته الله التي طبعت أول مرة سنة ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م. وأثار الكتابة في ذلك تفسير حديث (لا ضرر ولا ضرار) لنجم الدين الطوفي في ضمن كتابه: (التعيين في شرح الأربعين) أي الأربعين حديثاً النووية، وقد تكلم عن المصلحة واسترسل بما رآه بعضهم تجاوزاً. ثم كتبت بعد ذلك رسائل علمية وبحوث متنوعة، منها: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان، وضوابط المصلحة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، والاستصلاح والمصالح المرسلة للشيخ مصطفى الزرقا رحمته الله، ومدى الحاجة للأخذ بنظرية المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي للدكتور سعد محمد الشناوي، والمصالح المرسلة. مكانتها في التشريع للدكتور جلال الدين عبدالرحمن، ورأى الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية. والمصالح المرسلة والاستصحاب للشيخ محمد محمد فرج سليم، والمصالح المرسلة واختلاف العلماء فيها لوجنات عبدالرحيم الميمني، والتعليل بالمصلحة عند الأصوليين للدكتور رمضان عبدالودود اللخمي، والبدعة والمصالح المرسلة للدكتور توفيق يوسف الواعي، وفقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة للدكتور حسين حامد حسان. وغير ذلك. وهذا عدا ما جاء في مؤلفات العلماء، في الأدلة المختلف فيها.

قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم، وأحوالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها^(١).

وعلى الرغم من اختلاف العلماء بشأنها، وإنكار بعضهم على بعض، فإنهم متفقون على أن أحكام الله تعالى وضعت لمصالح العباد. وقد نقل الآمدي (ت ٦٣١هـ) الإجماع على أن هذه الأحكام لا تخلو عن حكمة ومقصود^(٢). ودلّ استقراء نصوص الشريعة وأحكامها على ذلك^(٣). أما ما وقع بينهم من خلاف فكان في علل الأحكام الشرعية، أهى معرفة فقط، أم مؤثرة بذاتها، أو بإذن الله تعالى، أم باعثة لا على سبيل الإيجاب^(٤) أم إنها شيء آخر؟

ومهما يكن من أمر أو توجيه فلسفي، فإن العلماء متفقون على رعاية المصلحة في أحكام الشريعة، وعلى أنه لا يوجد حكم عبثي لا مصلحة فيه، لأنها من وضع العليم الحكيم المنزّه عن أن تكون أحكامه أو أفعاله من دون حكمة، أو أن تكون من دون عناية.

والمقصود من استحسان المصلحة أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة هو المصلحة التي يتحقّق بها رفع الحرج والمشقة عن الناس، وتيسير معاملاتهم.

(١) ضوابط المصلحة ص ٢٣.

(٢) الإحكام ٢٨٥/٣.

(٣) الموافقات ٦/٢.

(٤) التوضيح مع شرحه التلويح ٦٢/٢ و ٦٣، وجمع الجوامع بشرح الجلال المحلي، ٢٣١/٢ - ٢٣٣.

ولم يذكر علماء الحنفية من الأصوليين هذا النوع من الاستحسان، وإنما ورد في كتب المالكية، ولكن جزئيات فقهم تشهد لذلك بالاعتبار. بل إننا نجد ذلك من جهة التطبيق في فقه جميع الأئمة. ونكتفي فيما يأتي بذكر بعض الأمثلة التي يمكن أن يقاس عليها الشيء الكثير فمن ذلك:

١- تضمين الأجير المشترك عند المالكية وإن لم يكن صانعاً، كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة، وتضمين السماسرة المشتركين، وتضمين حمّال الطعام. وهذا التضمين وإن كان من المصالح المرسلة إلا أنه لما كان وارداً مورد الاستثناء من القاعدة العامة وهي براءة المؤتمن بالبراءة الأصلية، فإنهم عدّوه استحساناً ولا شك أن بين الاثنين تداخلاً في القدر الذي يشتركان فيه^(١).

٢- جاء في كتب الفقه الحنفي أن من سرق للمرة الثالثة لم يقطع، وخُلد في السجن حتى يتوب. وهذا الحكم مخالف للقياس لأن السرقة جناية توجب الحدّ. قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: ٣٨]. وهي متحققة في الثالثة، كما هي في الحاليتين الأولى والثانية. فعدم القطع إخراج لهذه السرقة عن أن يتناولها حكم أمثالها من السرقات، كما أنه مخالف للحديث: «من سرق

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي ٢/٢١٧، والاعتصام ٢/١٢١.

فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه^(١). وقد وجّه الحنفية استحسانهم هذا بأمور: منها ما ذكروه من قول عليّ عليه السلام: «إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدًا يأكل بها ويستنجي بها، ورجلاً يمشي عليها». وقالوا بأن الإمام علياً حاجّ بقية الصحابة عليهم السلام فحجّهم فانعقد إجماعاً^(٢). ودعواهم الإجماع ليست مسلمة، وإلا فكيف يقال بمخالفة الشافعي رحمته الله؟ ولكنّ الذي يعنينا هو حكم الإمام علي الذي أخذ به الأحناف والذي روعيت فيه مصلحة الجاني الخاصّة.

٣- جمهور أئمة الحنفية إنه إذا شرط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً معيّناً بالثمن المؤجل، وقبل المشتري ذلك، فإنّ البيع والشرط جائزان استحساناً. مع أن القياس الثابت بالنصّ الشرعي الناهي عن بيع وشرط أو صفقة في صفقة^(٣)، يقتضي فساد كلّ من البيع والشرط في هذه الصورة، وهو ما أخذ به زُفر. ولكنهم تركوا هذا القياس لأن ما ذكر من شرط يحقق مصلحة البائع، إذ يتأكد به من الحصول على الثمن^(٤). والأمثلة على ذلك كثيرة.

(١) روي في هذا الشأن أكثر من حديث منها ما هو من حديث جابر، ومنها ما هو من حديث أبي هريرة، والحديث المفيد لقطع الأعضاء الأربعة اليدان والرجلان ضعّفه الدارقطني (التلخيص الحبير ٤/٦٨) وقد طعن فيه الطحاوي، أيضاً. وحمله بعضهم على السياسة. انظر: ما قيل فيه في فتح القدير، والعناية ٤/٢٥٠.

(٢) انظر: فتح القدير ٤/٢٤٩، ٢٥٠، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٧/٨٦.

(٣) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٠٢ و٢٠٣.

(٤) الهداية ٤/١٣٩.

الفرع السادس: الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته:

وقد جعله ابن العربي المالكي واحداً من أنواع الاستحسان وسمّاه الاستحسان بترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته^(١).

والجزئيات في هذا النوع تخرج عن القياس بسبب كونها يسيرة وتافهة، فيكون إخضاعها لحكم القياس أو القاعدة جالباً للمشقة، فإثارةً للتوسعة على الخلق، ورفعاً للخرج عنهم تساهلوا فيها. قال الشاطبي: (ووجه ذلك أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدّي إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان عن المكلف^(٢)). وهذا النوع الذي صرح به أصوليو المالكية وضربوا له الأمثال، قال العلماء إن الإمام مالكا بالغ فيه وأمعن، فجوّز أن يُستأجر الأجير بطعامه، وإن كان لا ينضبط مقدار أكله، ليسارة أمره وخفة خطبه وعدم المشاحة فيه^(٣). ويبدو أن هذا الأمر عام في جميع أبواب الفقه.

وقد صرح العديد من كتب الفقه أن القليل من النجاسة معفو عنه^(٤). وقد جعل أبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠هـ) ذلك من الأصول

(١) الموافقات ٤/٢٠٨، والاعتصام ١٢٢/٢.

(٢) الاعتصام ١٢٢/٢.

(٣) المصدر السابق.

(٤) رد المحتار ١/٣١٤، والاختيار ١/٣٠، والتلقين في الفقه المالكي ص ١٩.

عند علماء الحنفية الثلاثة ألي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن قال: الأصل عن علمائنا الثلاثة أن القليل من الأشياء معفو عنه، وعند زفر لا يكون معفواً عنه. ثم ذكر نماذج لذلك، عند هؤلاء العلماء^(١).

ومما مثلوا به لذلك النجاسات التي لا يدركها البصر، كدم البعوض والبراغيث^(٢). وقالوا إن البول مثل رؤوس الإبر ليس بشيء، ومن ذلك ما يكون في أرجل الذباب من النجاسات ومن ذلك العفو عن يسير الوزى والمذي والقي^(٣).

وعلى ذلك فإن الجزئيات التي يتحقق بها وصف النزارة والتفاهة لقلتها، تستثنى من مقتضى الدليل، أو القاعدة تيسيراً على المكلفين وتخفيفاً عنهم. وهذا هو الاستحسان ويبدو أن هذا أمر عملت به كل المذاهب وإن لم تسمه استحساناً. ومن أمثلة هذا النوع مما لم نذكره، ما يأتي:

١- تجويز التفاضل اليسير في المراطة الكثيرة، والبيع بالصرف إذا كان أحدهما تابعا للآخر، والدرهم الناقص بالدرهم الوازن، عند المالكية، لنزارة ما بينهما. مع أن القاعدة والقياس المقرر في كل ذلك هو المنع، لقوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزنا بوزن مثلاً

(١) تأسيس النظر ص: ٩٥.

(٢) رد المحتار ٣٢٣/١، والاختيار ٣٣/١.

(٣) إغاثة اللهفان ١٥١/١، وذكر أن ذلك مما نص عليه أحمد.

بمثل سواء بسواء»^(١). ولكنهم أفتوا بجواز ما تقدم على سبيل الاستثناء تخفيفاً وتيسيراً ورفعاً للحرص والمشقة^(٢).

٢- إهدار الوصف في الربا عند الأحناف، مع أن الدليل يقتضي التسوية وقد علّلوا ذلك بأنه قلما توجد في الأموال الربوية ما هي غير متفاوتة، فاشتراط التساوي يؤدي إلى سدّ باب البياعات^(٣). قال الزيلعي^(٤). (والطعم والاقتيات والشمية والادخار من أعظم وجوه المنافع والحاجة إليها من أشدّ الحاجات وأهمها. فسنة الله تعالى في مثله، التوسعة والإطلاق دون التضيق)^(٥).

٣- تجويز الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف في الوكالة

(١) رواه أحمد ومسلم عن أبي سعيد، وقد رواه غيرهما بالفاظ وبزيادات لأنواع آخر كالحنطة والشعير والتمر والملح.

انظر: ذلك وسائر الأحاديث في: نيل الأوطار ٥/٢١٥.

(٢) الاعتصام ٢/١٢٢.

(٣) فتح القدير ٥/٢٧٧، وتبيين الحقائق ٤/٨٦.

(٤) هو أبو محمد عثمان بن علي بن محجن الملقب بفخر الدين الزيلعي نسبة إلى زيلع بلدة على ساحل بحر الحبشة. من فقهاء الحنفية. قدم القاهرة فدرّس وأفنى بها. وله شهرة بالنحو والفرائض وأحاديث الأحكام. توفي سنة ٧٤٣هـ. من مؤلفاته: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، وشرح على الجامع الكبير، وبركة الكلام على أحاديث الأحكام.

راجع في ترجمته: تاج التراجم ص ٤١، والفوائد البهية ص ١١٥، والأعلام ٤/٢١٠، وتاريخ التشريع الإسلامي للشيخ علي السائيس وجماعته ص ٣٣٩.

(٥) تبيين الحقائق ٤/٨٦.

استحساناً^(١). مع أن القياس يأبى ذلك؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبران بنفس البيع والشراء فيجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل، فلا يجوز إلا ببيان وصف المعقود عليه. ولكنهم قالوا بتحمل الجهالة اليسيرة في باب الوكالة استحساناً؛ لأن مبني التوكيل على التوسعة، وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج وهو مرفوع^(٢).

الفرع السابع: الاستحسان بمراعاة الخلاف^(٣):

وقد ذكر بعض العلماء أنه من أنواع الاستحسان، وأنه أصل في مذهب مالك، وتنبنى عليه مسائل كثيرة^(٤).

(١) كأن يوكله وكالة عامة، فيقول: ابتع لي ما رأيت (نتائج الأفكار ٢٨/٦).

(٢) العناية للبايرني ٢٩/٦.

(٣) أثار هذا الموضوع رغبة كثير من الباحثين المعاصرين في الكتابة فيه. وقد ظهرت فيه بحوث ورسائل علمية متعددة، منها:

أ- مراعاة الخلاف - بحث أصولي لعبدالرحمن بن معمر السنوسي.
ب- مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده. للدكتور محمد الأمين ولد محمد علي ابن الشيخ.
ج- مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، لمحمد أحمد شقرون (رسالة ماجستير) جامعة أم درمان.
د- مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ليحيى سعيد. (رسالة ماجستير) جامعة الجزائر.

وغير ذلك من البحوث والرسائل العلمية.

(٤) الاعتصام ١٢٤/٢.

وعلى ما ذكره محمد بن عبدالسلام الهواري (ت ٧٤٩هـ)^(١) هو: (إعمال لكل واحد من الدليلين فيما هو فيه أرجح)^(٢) ويدل ما أورده الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) عن أبي العباس أحمد القباب (ت ٧٧٩هـ)^(٣) إن ذلك يعني تصحيح التصرف المخالف، بعد الوقوع أو فوات الأوان^(٤). مثاله تكبيرة الإحرام إذا نسيها المصلي

(١) هو أبو عبدالله محمد بن عبدالسلام الهواري التونسي. قاضي الجماعة بها، وعلمتها. من فقهاء المالكية. أخذ العلم عن ابن هارون، وابن جماعة. كان إماماً في علمي الأصول، والعربية وعلم الكلام، وعلم البيان، وعلم الحديث. تولى التدريس والفتوى وولاية القضاء سنة ٧٣٤هـ. ومن أشهر تلاميذه ابن عرفة. توفي بالطاعون سنة ٧٤٩هـ.

من مؤلفاته: شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، وديوان فتاوى وتقاييد أخرى في المذهب.

راجع في ترجمته: الديباج المذهب ٣٣٦، ونيل الابتهاج ص ٢٤٢، وشجرة النور الزكية ص ٢١٠.

(٢) مراعاة الخلاف في المذهب المالكي للدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم ص ٩٢ نقلاً عن منار الفتوى ص ٣٠١، ومصادر آخر.

(٣) هو أبو العباس أحمد بن قاسم بن عبدالرحمن الجذامي الفاسي الشهير بالقباب. من فقهاء المالكية المشهورين عرف بالدين والصلاح. أخذ العلم عن طائفة من علماء عصره. وتلمذ عليه كثيرون منهم الشاطبي صاحب الموافقات. تولى القضاء بجبل الفتح، والفتيا بفاس. تم اعتزل ذلك وعاد إلى التدريس والفتيا، توفي في فاس سنة ٧٧٩هـ.

من مؤلفاته: شرح أحكام النظر لابن القطان، وشرح قواعد عياض ويوع ابن جماعة وغير ذلك.

راجع في ترجمته: شجرة النور الزكية ص ٢٣٥، نيل الابتهاج ص ٧٢، ٧٣، والديباج المذهب ص ٤١ والأعلام ١٩٧/١، ومعجم المؤلفين ٤٩.

(٤) الاعتصام ١٢٧/٢.

وكبر للركوع، وكان مع الإمام، فعليه أن يستمر مع الإمام ولا يقطع صلاته، مراعاة لخلاف مَنْ قال: إن تكبيرة الركوع تجزئ عن تكبيرة الإحرام، لأنه، بعد دخوله في الصلاة، تعلق به دليل عدم جواز إبطال الأعمال، وهو قوله تعالى ﴿وَلَا بُطْلَوا أَعْمَلَكُمْ﴾ [محمّد: ٣٣] المرجّح للدليل المخالف والمقوّي له^(١).

وقد ذكرت لهذا الأصل، عند المالكية، طائفة من الأدلة، منها ما هي من السنّة ومنها ما هي من أقوال الصحابة، أو أفضيتهم^(٢). ونكتفي من ذلك بذكر دليل واحد من السنّة، مع تقريره وبيان وجه دلالة على المطلوب. فمن السنّة إنّ الأصل المقرّر أن المرأة لا تزوّج المرأة ولا تزوّج نفسها وأن الزواج بهذه الكيفيّة باطل. صحّح الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه رضي الله عنه قال: «لا تزوّج المرأة المرأة ولا تزوّج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوّج نفسها»، وأخرج أيضًا من حديث عائشة رضي الله عنها: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرّات، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها) فحكم ببطلان العقد وأكّده بالتكرار ثلاثاً، وسماه زنا وأقلّ مقتضياته عدّم اعتبار هذا العقد جملةً، لكنّه رضي الله عنه عقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله: «ولها

(١) الاعتصام ١٢٥/٢، ومراعاة الخلاف في المذهب المالكي للدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم ص ٩٢.

(٢) ذكر أبو العباس القباب طائفة من الأدلة على هذا الأصل منها ما هي من السنّة، ومنها ما هي من أقوال الصحابة وأفضيتهم. فانظرها في الاعتصام للشاطبي ١٢٧/٢.

مهرها بما أصاب منها»^(١).

والأمثلة لهذا النوع كثيرة منها:

- ١- اختلاف العلماء في طهارة جلد الميتة. فالمالكية والحنابلة^(٢) في المشهور من المذهب عندهم، يرون نجاسة جلد الميتة سواء دُبِغ أو لم يُدْبِغ، بناء على أنه جزء من الميتة فكان محرماً لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ﴾ [المائدة: ٣]، وللأحاديث الواردة في ذلك. كقوله ﷺ: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب»^(٣). وقال الشافعية والحنفية بأن الجلد سواء كان من ميتة، أو من مذبوح غير مأكول اللحم، يطهر بالدباغ^(٤)؛ لقوله ﷺ: «أيما إهاب دبغ فقد طهر»^(٥).

(١) الاعتصام ١٢٧/٢.

(٢) الإكليل شرح مختصر خليل لمحمد الأمير ص ١١، والمحرّر في الفقه لنجم الدين أبي البركات ٦/١.

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب اللباس، والترمذي في كتاب اللباس، وابن ماجه في كتاب اللباس والنسائي في كتاب الذبح والعتيرة. وكذلك رواه أحمد، والبخاري في تاريخه والدارقطني والبيهقي وابن حبان عن عبدالله بن عكيم. التلخيص الحبير ٤٦/١ و٤٧.

(٤) منهاج الطالبين بشرح الجلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة ٧٣/١، وبدائع الصنائع للكاساني ٨٥/١.

(٥) رواه الشافعي عن زيد بن أسلم عن ابن وعله عن ابن عباس ؓ: سمعت رسول الله ﷺ يقول: كذا.. وكذا رواه الترمذي في جامعه عن قتيبة عن سفيان، وقال: حسن صحيح. ورواه مسلم عن آخرين بلفظ (إذا دبغ الإهاب فقد طهر) ورواه ابن حبان وآخرون.

انظر: التلخيص الحبير ٤٦/١ و٤٧.

فالمجتهد المالكي القائل بمراعاة الخلاف، يعمل بمقتضى دليله في عدم جواز الصلاة على جلد ما يؤكل لحمه، فإذا وقعت نازلة، ووقع ذلك فإنه يصحح الصلاة، ويعتبر دليل المخالف. فهو في هذه الحالة عمل بدليله ابتداءً، وبدليل المخالف بعد وقوع النازلة لما له في النفس من اعتبار^(١). فمراعاة الخلاف، كما يلاحظ في المثال، تكون بعد الوقوع. فالعمل بدليل المخالف يُعدّ استثناءً مما يقتضيه دليل المذهب الراجح، عندهم. والتيسير فيه واضح، نظراً لتصحيح التصرف وعدم إلغائه، أو ترك الاعتداد به.

٢- أن الماء القليل إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة، ولم تغير أحد أوصافه لا يجوز لمن أراد الصلاة أن يتوضأ به، بل عليه أن يتيمّم ويترك الماء المذكور. فإن توضأ به وصلى أعاد ما دام في الوقت ولم يعد بعد الوقت مراعاة لمذهب من يقول: إن هذا الماء طاهر مطهر. والقياس في هذا الباب الإعادة مطلقاً؛ لأنه توضأ بماء يصح تركه والانتقال عنه إلى التيمّم^(٢). ولكنهم استثوا حالة ما إذا كان بعد الوقت، فقالوا بعدم الإعادة مراعاة للخلاف. والتيسير في ذلك واضح.

٣- من نسي تكبيرة الإحرام، وكبّر للركوع فإن له أن يستمر مع الإمام، مراعاة لقول من قال: إن ذلك يجزئه، فإذا سلم

(١) مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ليحيى سعيد ص ٦٩-٧١.

(٢) الاعتصام ١٢٤/٢.

الإمام أعاد هذا المأموم^(١).

٤- وأما الحنفية فإنهم وإن لم يصرّحوا بهذا النوع من الاستحسان في كتبهم الأصولية، إلا أننا نجد في تعليقاتهم ما هو من قبيله. ومثال ذلك أنهم قالوا في السفه المحجور عليه: إنه لو أراد عمرة واحدة لم يُمنع منها استحسانا. مع أن القياس أن يُمنع منها لأنها تطوّع فصارت كالحج تطوّعا. ووجهوا الاستحسان بأن هذه العمرة واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطاً^(٢).

٥- ومما ورد في فقه الحنفية، أيضا، قولهم: يُنذّب فيمن مسّ ذكره، أو امرأة، أو أمرد، غسل يده. وبنوا ذلك على الخروج من الخلاف. ولكن بشرط عدم لزوم ارتكاب مكروه مذهبه^(٣). غير أن هذه المراعاة غير مطّردة في المذهب. وقد ذكر ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)^(٤) طائفة من الفروع التي لم

(١) المصدر السابق ١٢٥/٢.

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ١٩٧/٥، والهداية بشرح فتح القدير ٢٠٧/٣.

(٣) الدر المختار للحصكفي بحاشيته رد المختار ١٤٧/١.

(٤) هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي. من فقهاء وأصوليي الحنفية المتأخرين. ولد في دمشق ونشأ في حجر والده، وجلس في محله للتجارة، ثم انصرف للعلم، فأخذ منه بحظّ وافر، من معقوله ومن منقوله. وصار مفتي الديار الشامية، وإمام الحنفية في زمانه. توفي في دمشق سنة ١٢٥٢هـ.

من مؤلفاته: رد المختار شرح الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ونسمات الأسحار على=

يراع فيها الخلاف. ومما ذكره أنّ صوم يوم الشك أفضل عند الحنفية، وعند الشافعية حرام. ولم يقولوا بأنه يندب عدم صومه مراعاة للخلاف. ومن ذلك التغليس في صلاة الفجر فإنه سنة عند الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، وعند الحنفية الإسفار أفضل، فلا يندب التغليس مراعاة للخلاف^(١).

٦- وأما الشافعية فإنهم وإن كانوا يرفضون الاستحسان، أصلاً، إلا أنهم ممّن يأخذ بمراعاة الخلاف، ومن قواعدهم (الخروج من الخلاف مستحب^(٢)). ومما ذكره من فروعها عندهم، كراهة صلاة المنفرد خلف الصف، خروجاً من خلاف من أبطلها، وكراهة مفارقة الإمام من دون عذر، والاقتداء خلال الصلاة، خروجاً من خلاف من لم يُجز ذلك^(٣).

= شرح المنار المسمى بإفاضة الأنوار في أصول الفقه، وغير ذلك من الكتب والرسائل والفتاوى.

راجع في ترجمته: الأعلام ٤٢/٦، والفتح المبين ١٤٧/٣، ومعجم المؤلفين ٧٧/٩، ومعجم المطبوعات العربية والمعربة ص ١٥٠، ١٥١.

(١) رد المحتار شرح الدر المختار ١٤٧/١.

(٢) الإشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥١.

(٣) المصدر السابق ص ١٥٢.

ونشير هنا إلى إن هؤلاء العلماء وضعوا لمراعاة الخلاف شروطاً، هي:

أ- أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر.

ب- أن لا يخالف سنة ثابتة.

ج- أن يقوى مدركه، بحيث لا يُعدّ هفوة.

فانظر هذه الشروط وتطبيقاتها في الإشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٢ . =

ووجه التخفيف ورفع الحرج في هذا النوع من الاستحسان متأّت من أنّ تسويغ أمر بسبب وجود مذهب آخر يقول به، هو أكثر يسراً وسهولة للفرد من أن يلتزم بوجه واحد من القول. وهذا منسجم إن قلنا بالاكْتفاء بأيّ من الأمرين مذهبه و مذهب المخالفين. ولكنّه ربما أشكل مع تكرار الفعل أو إعادته، إن وجد متّسع له، وليس لذلك جواب إلا أن يقال: إن مراعاة الخلاف وإن كانت في بعض صورها تقتضي تشديداً ومشقة، فإنها مزيلة لقلق الإنسان وتشكّكه في الخروج من العهدة. وإزالة القلق والتشكك رفع واضح للحرج، وقد يهون على الإنسان تكرار الفعل في سبيل إزالة ما يجيش في صدره من ضيق وحرج.

= وفي دراسات بعض المعاصرين، ذُكرت شروط لمراعاة الخلاف يلتقي بعضها مع ما ذكره السيوطي، وهي:

أ- أن يكون الخلاف قوى المدرك.

ب- أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع.

ج- أن لا يترك المراعي مذهبه بالكلية.

د- أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً.

هـ- قيام الشبهة.

فانظر هذه الشروط وشرحها وتطبيقاتها في كتاب (مراعاة الخلاف - بحث أصولي) لعبدالرحمن بن معمر السنوسي ص ٧٣-٨٣.

ومراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده ص ٢٨١-٢٨٩، ومراعاة الخلاف في المذهب المالكي ليجيبي سعيدي ص ١١٥-١٢٨، ومراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، لمحمد أحمد شقرون ص ٢٠٨-٢٥٠.

خاتمة

تعقيب على أنواع الاستحسان

تبين لنا من خلال دراسة أنواع الاستحسان التي ذكروها. وتحليل كثير من الأمثلة التي جاءوا بها ما يأتي:

١- إنها جميعا عائدة إلى التيسير والتخفيف، سواء كان ذلك ثابتا لها بالفعل أو بحسب ما تراءى للمجتهد الذي قال بها، فهي مظهر من مظاهر رفع الحرج ومعالجة لغلو اطراد القياس الظاهر.

٢- إن بعض الأمثلة تكررت في أكثر من نوع من الاستحسان كمسألة السلم والاستصناع ودخول الحمام من غير تعيين الأجر، وشرب الماء من السقاء، وغيرها. فمرة اعتبرت من استحسان العرف ومرة من استحسان الإجماع، ومرة من استحسان المصلحة، ومرة من استحسان النص كالسلم. ويعود ذلك إلى اختلاف وجهات النظر إليها. وليس بينها تناقض وتعارض. فقد يثبت الشيء عرفا وتكون فيه مصلحة راجحة، وقد يتم الإجماع عليه. وهو في هذه الحالة جامع لكل هذه الوجوه فمن نغته بأي وجه منها كان ناظرًا إلى تلك الجهة دون غيرها. وهو لا يعارض أن تكون الأوجه الأخر ثابتة له أيضاً.

٣- إنّ أنواع الاستحسان فيها تداخل كثير ما دام الرابط فيما بينها هو رفع الحرج. وهي راجعة في أغلبها إلى الضرورة والحاجة.

وحتى الاستحسان بالنصّ فإننا حينما ندرس الجزئيات الثابتة به نجد أنّ فيها مراعاة لضرورات الناس وحاجاتهم. واستحسان الإجماع تستند الجزئيات الثابتة به إلى هذه الأمور. والمصالح والأعراف اعتبرت لضرورات الناس وحاجاتهم فالاستحسان الثابت بها كذلك. كما أنّ الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته راجع إلى حاجة الناس إلى جريانه بينهم في التعامل لئلاّ يَنسَدَ هذا الباب عند المشاحة فيه.

وسبق لنا أن أوضحنا شيئاً من ذلك عند دراسة هذه الأنواع وبعض الجزئيات المبنية عليها.



المبحث الرابع

حجّة الاستحسان

بعد أن ذكرنا معنى الاستحسان وأنواعه وآراء العلماء فيه،
يجدر بنا أن نعرف شيئاً عن حجّة هذا الدليل وقوّته. وقد رأينا أن
نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في أولها شبه
المخالفين ومناقشتها، ونتناول في ثانيها الأدلة على حجية هذا
الدليل، ونبين في ثالثها ما نراه من استدلال على حجية
الاستحسان.

المطلب الأول

شبه المخالفين ومناقشتها

الفرع الأول: عرض الشبه.

لعل أكثر من تصدّوا لهذا النوع من الاستدلال بالنقد الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، وأبو محمد علي بن حزم (ت ٤٥٦هـ) والشيعة.

أمّا الشافعي فقد نقل عنه الغزالي في المنحول أنه قال: من استحسّن فقد شرّع^(١). وفي كتاب (الأمّ) عقد الشافعي فصلا خاصا

(١) المنحول ص ٣٧٤. وقد اشتهرت هذه العبارة عن الإمام الشافعي ولكن ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) قال في كتابه الأشباه والنظائر: (وأنا لم أجد إلى الآن هذا في كلامه نصّا، ولكن وجد في الأم في الإقرار والاجتهاد ما يدل على أنه يطلق على القائل به أبلغ من الاستحسان. فلقد قال في هذا الباب: إن من قال بالاستحسان فقد قال قولاً عظيماً، ووضع نفسه في رأيه واجتهاده واستحسانه على غير كتاب ولا سنة موضعها، في أن يُتبع رأيه كما ابتغاه، وفي أن رأيه أصل ثالث، أمر الناس باتباعه).

(الأشباه والنظائر ١٩٤/٢). غير أنّ الإمام ابن السبكي نقل هذه العبارة عن الإمام الشافعي في كتابه جمع الجوامع (٣٩٥/٢) بشرح الجلال المحلي وحاشية حسن العطار)، وقد فسّر الروياني هذه العبارات بأن معناها أنه ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع (إرشاد الفحول ص ٢٢٤).

وقال التفتازاني في معناها: من أثبت حكماً بأنه مستحسن من غير دليل من الشارع فهو الشارع لذلك الحكم؛ حيث لم يأخذه من الشارع (التلويح ٨١/٢).

سمّاه: (إبطال الاستحسان) ذكر فيه أنه لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً أن يحكم أو يفتي بالاستحسان، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من المعاني التي يجوز له أن يفتي بموجبها كالكتاب والسنة والإجماع والقياس^(١). وقال: (أفرايت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها خبر ولا قياس، وقال استحسن فلا بُدَّ أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول كلُّ حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا حيث شاؤوا)^(٢).

وفي الرسالة الأصولية تعرّض لهذا الدليل في أكثر من موضع، وقال: (إنما الاستحسان تلذّذ، وإن حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان)^(٣) و(إنَّ حراماً على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر، والخبر من الكتاب والسنة عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه، كما البيت يتأخاه من غاب عنه ليصيبه)^(٤) (أو أن لو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم الاستحسان)^(٥). وقال: (إنَّ القول بما استحسن شيء

(١) الأم ٢٨٩/٧.

(٢) المصدر السابق ٣٠١/٧.

(٣) الرسالة ص ٥٠٧.

(٤) المصدر السابق ص ٥٠٤.

(٥) المصدر السابق ص ٥٠٤.

يحدثه لا على مثال سبق^(١).

وخلاصة ما استند إليه الإمام الشافعي في رفض الاستحسان يتلخص فيما يأتي:

١- إنَّ الله تعالى لم يترك الإنسان سدى، بل بيّن شرعه بالكتاب والسنة والقياس عليهما واتباع جماعة المسلمين، فاستنباط الأحكام بطريق غير هذه الطرق هو اجتهاد باطل. والاستحسان كذلك؛ لأنه ليس على مثال سبق، بل هو حكم بالهوى والتشهي والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾^(٢)
[المائدة: ٤٨].

٢- إنَّ الاستحسان يؤدي إلى أن تكون في المسألة الواحدة ضروب متباينة من الأحكام؛ لأنه لا ضابط له ولا معيار لتمييز الحق من الباطل فيه. فمن أجاز لنفسه أن يستحسن فإنه يجيز لغيره أن يستحسن كذلك، فيقال في الشيء الواحد بضروب مختلفة من الحكم والفتيا^(٣).

٣- إنَّ رسول الله ﷺ لم يلجأ إليه، وهو القدوة في ذلك، بل إنه أنكر على بعض أصحابه أن يلجؤوا في فتاواهم إليه، ومن ذلك: إنكاره قتل من أسلم تحت ظلال السيوف^(٤).

(١) المصدر السابق ص ٥٠٥.

(٢) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد الخضري ص ٢٠٣.

(٣) الأم ٣٠٧/١، وانظر تاريخ التشريع الإسلامي للخضري ص ٢٠٤ و ٢٠٥.

(٤) بحث في الاستحسان لمحمود مكاوي ص ٣١٧.

أما ابن حزم^(١) فإنه عقد الباب الخامس والثلاثين من كتابه: (الإحكام) في إبطال الاستحسان والرأي والاستنباط واعتبرها جميعاً ألفاظاً واقعة على معنى واحد، لا فرق بين شيء من المراد منها، وإن اختلفت الألفاظ. وهو يرى أن الاستحسان هو الحكم بما رآه الحاكم أصلح في العاقبة وفي الحال مما يراه برأيه^(٢)، وأنه ما اشتتهه النفس ووافقها كان خطأ أو صواباً^(٣).

كما ذكر أن القائلين به يرونه دليلاً في مقابلة القياس^(٤). ثم ذكر استدلالاتهم على حجية الاستحسان وناقشها، وقال كلاماً يدل على أنه فهم أن الاستحسان إنما هو قول من غير دليل، وأنه

(١) هو: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الفارسي الأصل، من أصحاب الظاهر. برع في الفقه والأصول والحديث والكلام والأدب، مع مشاركة في جملة من العلوم كالتاريخ والأنساب والنحو واللغة والشعر والطب والمنطق والفلسفة وغيرها، عرف بحدة الذكاء وسعة العلم، وكان مجتهداً يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، وينتقد العلماء والفقهاء كثيراً ويلسان حاداً مما دعاهم إلى تضليله والتحذير منه، ونهي العوام عن الأخذ عنه. توفي سنة ٤٥٦هـ في الأندلس.

من مؤلفاته: المحلى في الفقه، المغرب في تاريخ المغرب، والفصل في الملل والأهواء والنحل، الإحكام في أصول الأحكام، والنبد في أصول الفقه وغيرها.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ١٣/٣، وشذرات الذهب ٢٩٩/٣، وكشف الظنون ١٦١٧/٢، وهدية العارفين ١/٦٩٠، ومعجم المؤلفين ١٦/٧.

(٢) الإحكام لابن حزم ٧٥٧/٦.

(٣) المصدر السابق ٤٢/١.

(٤) المصدر السابق ٧٥٨/٦.

شهوة واتباع للهوى والضلال.

وتساءل عن معنى قولهم الاستحسان في هذه المسألة وجه كذا، وذكر أن لهم أحد جوابين:

أحدهما: ما كانوا عليه قرب عصر أبي حنيفة ومالك، وهو الذي يروونه أخف أو أحوط أو أقرب من العادة والمعهود أو أبعد من الشناعة. واعتبر أن هذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم. وهو باطل بقوله تعالى: ﴿وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ﴾ [التأزعات: ٤٠]. وبيّن أن ما ذهبوا إليه ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتمرن بمعرفة الحقائق. وأن لا حسن إلا ما أمر الله به ورسوله.

ثانيهما: إنّه أدق القياسين، وهو ما ذهب إليه الكرخي. ويقول ابن حزم: إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضاده ويبطله فقد صحّ بطلان القياس، وصحّ بالبرهان الضروري إبطال القياس كله جملة، لأن الحق لا يتضاد ولا يُبطل بعضه بعضاً^(١).

ولعل أهم ما عرضه ابن حزم من استدلال، عدا ما أشرنا إليه، هو ما يأتي:

١- إنّه يؤدي إلى إبطال الحقائق وتضادّ الدلائل وتعارض البراهين لأنه من المستحيل أن يتفق العلماء كلهم على قول واحد، مع اختلاف هممهم وطبائعهم وأغراضهم. فنحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استقبّحه المالكيون، ونجد

(١) المصدر السابق ٦/ ٧٦٠.

المالكيين قد استحسنوا ما استقبحه الحنفيون، وإذا كان الأمر كذلك فكيف يجعل الحق في دين الله تعالى مردودا إلى استحسان بعض الناس، وهم على هذه الكيفية من التضاد الذي يؤدي إلى إبطال الحقائق الشرعية^(١).

٢- إن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ نَزَعْنَاهُ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [النساء: ٥٩]، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون^(٢)، ولو كان الاستحسان مما يمكن أن يرد إليه لقاله.

وأما الشيعة فإن علماءهم قاطبة ينكرونه، وبحسب وجهة نظرهم إن الأحكام وملاكاتهما، أي أدلتها، لا يستقل العقل بإدراكها ابتداءً، أي إنه ليس بإمكان العقل أن يتوصل إليها ابتداءً من دون السماع، أو من الملازمات العقلية، ولا يوجد شيء من ذلك.

ولو صحَّ للعقل أن يدرك ذلك لما كانت هناك حاجة إلى بعثة الرسل، إذ إنه - حينئذ - يصبح على كل ذي عقل، متمكنا بنفسه من معرفة أحكام الله تعالى ويصبح كل مجتهد نبيا أو إماما^(٣).

وردّ بعضهم ذلك إلى القياس والمصلحة، وأحال في ردّ

(١) الإحكام لابن حزم ٧٥٨/٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أصول الفقه للشيخ محمد رضا المظفر ٢٠٥/٣.

الاستحسان إلى الأدلة التي رُدَّ بها كلٌّ من القياس والمصلحة^(١). وأكثر أدلتهم هي مناقشة أدلة مثبتتي القياس، وقولهم إنَّ القياس مظنون، وأنه لا يجوز العمل بالظنَّ المطلق، ما لم يثبت من الشرع حجَّته مثل خبر الواحد^(٢).

وانتهى الشيخ محمد تقي الحكيم إلى أنه إن كان المراد بالاستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين فهو حسن، ولا مانع من الأخذ به، إلا أن عدّه أصلاً في مقابلة الكتاب والسنة ودليل العقل، لا وجه له، وإن كان - كما يقول ابن القفال - ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلَّت عليه، من أصل ونظير، فهو محذور، والقول به غير سائغ^(٣).

الفرع الثاني: مناقشة الشبه:

ذكرنا فيما سبق أهمَّ شبه منكري الاستحسان، بإيجاز كبير. ونذكر فيما يأتي ما يمكن أن يرد عليها من مناقشات واعتراضات.

مناقشة كلام الشافعي: والذي يبدو من كلام الإمام الشافعي رحمته الله واستدلالاته أنه كان يعني بالاستحسان مجرد الرأي من غير أن يكون مستنداً إلى أصل شرعي، أو أنه القول على غير مثال سبق، لمجرد أن يسنح ذلك بالوهم أو الخاطر، مع أن

(١) أصول الاستنباط لعلي نقي الحيدري ص ٢٦٤.

(٢) المصدر السابق ص ٢٦٢، ٢٦٣.

(٣) الأصول العامة للفقهاء المقارن ص ٣٧٧.

الاستحسان، عند القائلين به، ليس كذلك. بل لا بُدَّ أن يكون له مسوّغ شرعي يقتضيه فهو ليس حكماً بالهوى والتشهي لينتفي بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٨]. وإبطال الاستحسان بدعوى أنه يؤدّي إلى تباين الأحكام في المسألة الواحدة غريب من الشافعي رحمته الله لأنه لو أبطل ما يؤدي إلى ذلك لا نسدّ باب الاجتهاد مطلقاً، مهما كانت مصادره؛ لأن الاختلاف واقع بين المجتهدين في الاستنباط من المصادر كافة، ولا وجه لتخصيص ذلك بالاستحسان. وأنا لنجد الشافعي نفسه قد قال في بيان اختلاف القائلين أن المسألة قد تحتل أن تقاس فيوجد لها في الأصلين شبه فيذهب ذاهب إلى أصل، والآخر إلى أصل غيره فيختلفان فليس قول أهل العراق بالاستحسان إلا ذهاباً بالمسألة إلى أصل آخر خاص أو عام^(١).

والقول بأنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله لم يلجأ إليه يُردّ عليه بما ذكرناه من نماذج في استحسان السنة. نعم لم يرد عنه صلّى الله عليه وآله أنه أطلق لفظ الاستحسان على ما استثناه من مقتضي القاعدة أو القياس، ولكن هذا ليس موضع نقاش، وإنّما هو اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح. بل إنّ الشافعي لجأ إليه في أحكام كثيرة، غير أنه لم يسندّها إليه، وإنّما أسندّها إلى الأدلة التي أثبتّها عنده، كما أنه استعمل هذا اللفظ في أكثر من موضع، وقال: استحسن في المتعة

(١) تاريخ التشريع الإسلامي، للشيخ محمد الخضري ص ٢٠٥.

ثلاثين درهماً^(١). وكان يعني به معناه اللغوي ليس غير. فيكون إنكاره، حيثئذ، منصباً على إطلاق لفظ الاستحسان على دليل قائم بذاته إلى جانب الأدلة الأربعة. بحيث تثبت به الأحكام، وليس على كلمة الاستحسان ذاتها، ولا على إخراج الجزئيات من حكم القياس بالأدلة المعتمدة. فهو إذن إنكار على اصطلاح وإنكار على اعتباره دليلاً مستقلاً.

وقد استحسن التفتازاني هذا الإنكار، وبنى وجهة نظره على أن العمل بما لا يعرف معناه لا وجه لقبوله، وأن الإنكار كان ضرورياً في البداية لتحديد معنى ما يقولون. وحيث اتضح بعد ذلك أن الاستحسان اسم للدليل متفق عليه فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف^(٢).

مناقشة كلام ابن حزم: أمّا ما ذهب إليه ابن حزم من أن الاستحسان راجع إلى ما طابت عليه أنفس المستحسنين^(٣)، فغير

(١) أصول السرخسي ٢/٢٠٧، وكشف الأسرار شرح المصنف على المنار ٢/٣٠٠، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي لعبدالعزیز البخاري ٤/١٣، والإحكام للآمدي ٤/١٥٧.

وقد ذكر الآمدي في المصدر المشار إليه من استعمالات الشافعي للاستحسان بمعناه اللغوي، قوله: استحسن ثبوت الشفعة للشفيع ثلاثة أيام، استحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم المكاتب، وقوله في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت: القياس أن تقطع يمينه، والاستحسان أن لا تقطع.

(٢) التلويح ٢/٨٢.

(٣) الاستحسان عند ابن حزم أعم من الاستحسان الاصطلاحي. فهو عنده يشمل =

مسلم. بل للاستحسان ضوابطه وأصوله. وأنه راجع للنصوص الشرعية وما قرّرت المبادئ العامة فيها. ولا يخرج في جميع أنواعه عن أن يكون مشمولاً بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحَجّ: ٧٨].

وقوله إنه يؤدّي إلى إبطال الحقائق وتضادّ الدلائل علمنا ما فيه عند التعرّض لاستدلالات الشافعي رحمته الله.

واحتجّاه بقوله تعالى: ﴿فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النِّسَاء: ٥٩]. وبأنّه لم يقل فردّوه إلى ما تستحسنون، غريب؛ لأنّه استدلال وارد حتى على الإجماع نفسه، حيث لم يقل فردّوه إلى ما تجمعون عليه. على أنّه لا يُسلم له بأن الاستحسان ليس فيه ردّ إلى الله والرسول، بل هو مردود إلى النصوص الشرعية أو ما ثبت بها.

مناقشة كلام الشيعة: وأما الشيعة فيقال لهم بشأن ما أوردوه: إنّ القائلين بالاستحسان لم يقولوا إن العقل يستقل بإدراك الأحكام الشرعية، وملاكاتهما، استقلالاً، ليبنوا على ذلك عدم الحاجة إلى وجود الأنبياء والرسل. ولو نظروا إلى أنواع الاستحسان وأقسامه لعلموا أنّه لا بدّ في الاستحسان من دليل، وأن كلّ نوع منه هو نوع من أنواع الأدلة. وأما اعتراضهم على الأدلة نفسها من قياس

= المصالح المرسلة أيضاً. وقد اقتصر على الأخذ بالنص أو الإجماع القائم عليه، ولم يتصدّ لإبطال المصالح المرسلة. فهي على هذا داخلة في مفهوم الاستحسان عنده. (راجع: ابن حزم للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٢٤).

ومصلحة وعرف وضرورة وغيرها، فهذا يعود إلى الأدلة نفسها، فهي عند القائلين بها ليست من إدراك العقل استقلالاً، وإنما هي أدلة قامت على صحتها براهين واضحة، منها ما هي نصوص من الكتاب والسنة. ودعواهم إن القياس مظنون، وأنه لا يجوز العمل بالظن ما لم يثبت به من الشرع حجة كخبر الواحد، كلام في غير محله؛ لأنّ القياس مما قام الدليل على إفادته الظنّ، والكشف عن أن الفرع داخل في حكم الأصل الثابت بالنصّ فكلامهم في هذا المجال لا وجه له.



المطلب الثاني

الأدلة على حجّية الاستحسان

الفرع الأول: عرض الأدلة:

استدل القائلون بالاستحسان بطائفة من الأدلة منها ما هي من الكتاب، ومنها ما هي من السنة، ومنها ما هي من الإجماع.

١- أما دليلهم من الكتاب^(١) فقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الرّؤى: ١٨]، وقوله: ﴿وَأَتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [الرّؤى: ٥٥]، ووجه الاحتجاج بالآية الأولى على ما ذكره الآمدي (ت ٦٣١هـ)، إنّها وردت في معرض الثناء والمدح لمن اتبع أحسن الأقوال المستمع إليها، والاستحسان داخل ضمنها، فيكون مما امتدح اتباعه. ووجه الاحتجاج بالآية الأخرى على ما ذكره الآمدي (ت ٦٣١هـ) أيضاً، إنّ الله تعالى أمر باتّباع أحسن ما أنزل ولو لا أنه حجة لما كان كذلك^(٢).

ووجه العضد (ت ٧٥٦هـ) الاحتجاج بالآية، بأن الأمر فيها

(١) الإحكام للآمدي ٤/١٩٨، أدب القاضي ١/٦٥١، ومختصر المنتهى بشرح

العضد ٢/٢٨٩، والفاوق ٥/١٨٢، والبحر المحيط ٦/٩٤.

(٢) الإحكام للآمدي ٤/١٥٩.

للوّجوب فيكون اتباع أحسن ما أنزل واجبًا، وهو يدلّ على ترك بعض واتباع بعض ليس لأمر إلاّ لأنه أحسن، وهذا معنى الاستحسان، إذ هو اتباع الأحسن وترك ما عداه^(١).

وأجابوا عن الآية الأولى بأن النزاع إنما هو في وجوب اتباع أحسن القول والآية لا دلالة فيها على الوجوب^(٢).

وأجاب الماوردي (ت ٤٥٠هـ)^(٣) عنها بثلاثة أوجه، هي:

- ١- إنه أمره باتباع الأحسن، دون المستحسن.
- ٢- إنه وارد فيما جاء به الكتاب، من ثواب الطاعات وعقاب المعاصي، فيتبعون الأحسن من فعل الطاعات، واجتناب المعاصي.

(١) شرح مختصر المتهى ٢٨٩/٢.

(٢) الإحكام للأمدى ١٥٩/٤، وأصول ابن مفلح ١٤٦٦/٤ و١٤٦٧.

(٣) هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي المعروف بالماوردي نسبة إلى بيع الماورد. ولد في البصرة، ونشأ فيها، ثم انتقل إلى بغداد، وتلقى العلم عن طائفة من مشاهير علماء عصره. كان إمامًا في الفقه والأصول، وطائفة من العلوم؛ لكنه لم يخرج شيئًا من مصنفاته في حياته. تولى القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل أفضى القضاة في أيام القائم بأمر الله العباسي. توفي في بغداد سنة ٤٥٠هـ.

من مؤلفاته: الحاوي في الفقه، والإقناع في الفقه، والنكت والعيون في التفسير، والأحكام السلطانية وأدب الدنيا والدين وغيرها.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ٤٤٤/٢، وطبقات الشافعية الكبرى ٣٠٣/٣، وشذرات الذهب ٢٨٥/٣، والأعلام ٣٢٧/٤، والفتح المبين ٢٤٠/١.

٣- إنه محمول على ما جعل له من استيفاء الحق، وتدب إليه من العفو^(١).

كما أجاب أبو الوليد الباجي (ت ٤٧٤هـ)^(٢) عنها بأن أحسن هو الذي يكون معه الدليل، وأن هذه الآية لو كانت محمولة على عمومها لوجب أن يكون استحساننا لتحريم القول بالهوى والشهوة عليكم حسناً، ولوجب اتّباعه^(٣).

أما ابن حزم فإنه لم يلتفت إلى أنّ الآية لا دلالة فيها على الوجوب، بل إنه نفي أساساً أن يكون المقصود من أحسن القول الاستحسان، قال: (إن الله تعالى لم يقل فيتبعون ما استحسنا، وإنما قال عز وجل: ﴿فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الرّوم: ١٨] وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسول الله ﷺ وهذا هو الإجماع المتيقن^(٤).

(١) أدب القاضي ٦٥٥/١.

(٢) هو: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي الأندلسي المالكي الباجي، من علماء المالكية البارزين في القرن الخامس الهجري. تولى القضاء بالأندلس، وكان نظاراً قوي الحجة، توفي سنة ٤٧٤هـ. من مؤلفاته: إحكام الفصول في أحكام الأصول، والمنتقى شرح الموطأ، وكتاب الحدود.

راجع في ترجمته: وفيات الأعيان ١٤٢/٢، والديباج المذهب ص ١٢٠، وشذرات الذهب ٣/٣٤٤، والفتح المبين ١/٢٥٢.

(٣) إحكام الفصول ص ٦٨٩ فقرة ٧٥١.

(٤) الإحكام لابن حزم ٦/٧٥٨.

وحمل الإمام الغزالي (ت ٥٠٥هـ) اتباع أحسن القول في هذه الآية، على أحسن ما أنزل إلينا، وهو اتباع الأدلة^(١)، فيقال فيها ما سيقال في الآية التالية. وكان من رأيه أنه لو كان ما يستحسنه الناس حجة، فإنه يستحسن إبطال الاستحسان، وأن لا يكون لنا شرع سوى المصدق بالمعجزة، فليكن هذا حجة عليهم^(٢).

وذكر الغزالي أيضًا أنه يلزم من ظاهر الآية اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه بعموم لفظ (القول) فيها. فإن خصصوه بأهل النظر فإننا نخصصه بما صدر من أدلة الشرع، إذ لا وجه لاعتبار أهلية النظر مع الاستغناء عن النظر نفسه^(٣).

وأجابوا عن الآية الثانية بأنها أمرت باتباع الأحسن في خصوص ما أنزل عليهم؛ لأن الأحسن هو بعض ما أنزل بحكم إضافته إلى ما. ولا دليل على أن ما صاروا إليه من الأخذ بالاستحسان هو دليل منزل، فضلا عن أن يكون أحسن ما أنزل^(٤). وقيل أيضا إن المراد بالأحسن الأظهر والأولى، وعند التعارض فإن الأحسن هو الراجح بدلالته، وعند تساويهما في الدلالة فإن الأحسن هو الراجح في حكمه^(٥).

(١) المستصفى ٢٧٧/١، وانظر الاعتصام ١٣٠/٢.

(٢) المصدران السابقان.

(٣) المستصفى ٢٧٧/١.

(٤) المصدر السابق، والإحكام للآمدي ١٥٩/٤.

(٥) شرح مختصر المنتهى ٢٨٩/٢.

٢- وأما دليلهم من السنة فما زعموه من قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١)، وقد قالوا بأن هذا يدل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع لأن ما ليس بحق فليس بحسن عند الله. وهو أيضاً يدل على أنه حجة، لأنه لو لم يكن كذلك لما كان عند الله حسناً^(٢).

وقد أجيب عن هذا الدليل بما يأتي:

أ- إن ما روي عن ابن مسعود (ت ٣٢٢هـ)^(٣) ليس بمسند إلى رسول الله ﷺ وأنه لا يوجد في مسند صحيح، وإنما هو معروف عن ابن مسعود، فلا يكون حجة^(٤).

ب- إن لفظ (المسلمون)، الوارد في النص هو من صيغ العموم، فيكون معناه ما رآه جميع المسلمين حسناً، لا ما رآه

(١) أخرجه أحمد بن حنبل موقوفاً على عبدالله بن مسعود. (راجع كنوز الحقائق للمناوي ٩٥/٢ والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ والمقاصد الحسنة للسخاوي ص ٣٦٧).

(٢) الإحكام للآمدي في الموضع السابق.

(٣) هو: عبدالله بن مسعود بن غافل الهذلي، أحد القراء الأربعة، ومن علماء الصحابة، هاجر الهجرتين وشهد له النبي ﷺ بالجنة. عرف بالفقه، وكان حجة في القرآن حفظاً وفهماً. وأقام في الكوفة معلماً وقاضياً. توفي سنة ٣٢هـ. وقيل سنة ٣٣هـ ودفن في البقيع.

راجع في ترجمته: شذرات الذهب ٣٩/١، والفتح المبين ٦٦/١، وتاريخ التشريع الإسلامي للسايس وجماعته ص ١٣٤.

(٤) الإحكام لابن حزم ٧٥٩/٦، وأدب القاضي ٦٥٦/١.

أحاديهم، وجميع المسلمين يدخل ضمنهم أهل الحل والعقد الذين بهم ينعقد الإجماع، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله؛ لأنه لا يكون إلا عن دليل^(١). وعلى هذا فليس في النص المذكور دلالة على حجية الاستحسان لأنه إن كان مما رآه جميع أهل الحل والعقد فهو إجماع، وهو ليس متنازعاً فيه، وإن كان مما رآه آحاد أهل العقد فالنص لا يدل على حجتيته؛ لأنه جاء بلفظ (ما رآه المسلمون) والمسلمون من ألفاظ العموم فلا يدل على حسن ما رآه الآحاد. ويرى الغزالي أنه إن أريد به الآحاد فلا وجه لتخصيصه بأهل النظر، بل يدخل فيه استحسان العامي أيضاً، ولا وجه للتفريق بينهما ما دام الاستحسان لا ينظر فيه في الأدلة^(٢). ويضيف الماوردي (ت ٤٥٠هـ) إلى ذلك: أنه ليس ما استحسنته بعضهم أولى من البعض الذي استقبحه^(٣).

ج- وأنه على فرض صحته فإنه خبر آحاد، وأخبار الآحاد مما لا تثبت بها الأصول^(٤).

د- وأنه لا دليل على أن الحسن فيه يُطلق على الاستحسان

(١) الإحكام للآمدي ١٥٩/٤، وشرح مختصر المنتهى للعضد ٢٨٩/٢،

والإحكام لابن حزم ٧٥٨/٦.

(٢) المستصفى ٢٨٩/١، والاعتصام ١٣١/٢.

(٣) أدب القاضي ٦٥٧/١.

(٤) المستصفى ٢٨٧/١، والاعتصام في الموضع السابق.

بالمعنى المصطلح، لكونه من المعاني المستحدثة لدى المتأخرين، فلا تصح نسبته إلى ابن مسعود (ت ٣٢هـ)^(١).

٣- وأما دليلهم من الإجماع فما ذكروه من أنه أجمعت الأمة على الأخذ به في بعض الأحكام، كدخول الحمام، وشرب الماء من أيدي السقائين، من غير تقدير لزمان المكث وتقدير الماء والأجرة^(٢)، كما بينا.

وقد أُجيب عن هذا الدليل بعدم تسليم أن صحة هذه الأفعال ثابتة بالاستحسان، بل إن صحتها تعود إلى أنها كانت جارية في عهد النبي ﷺ مع علمه بها وتقديرهم عليها^(٣). أو أنها ثابتة بأي دليل آخر غير الاستحسان^(٤).

(١) الأصول العامة للفقهاء المقارن ص ٣٧٥.

(٢) الإحكام للآمدي ١٥٧/٤، والمستصفى ٢٧٩/١، والبحر المحيط ٩٤/٦.
(٣) الإحكام للآمدي ١٦٠/٤، وبرى الإمام أبو حامد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) في المستصفى أن التقرير على ذلك كان لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، أو المصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام. والمشقة سبب الرخصة. (المستصفى ٢٧٩/١).

(٤) المستصفى ٢٧٩/١، والإحكام للآمدي ١٦٠/٤، والاعتصام ١١٧/٢.
وفي رأي الغزالي إن الحكم منقاس هنا، والقياس حجة. وإن شرب الماء من السقاء ودخول الحمام مباحان بإباحة السقاء أو الحمامي، وإن الشارب والمستحم متلفان بشرط التعويض، كما تدل على ذلك القرائن. وإن ما يدفع لهما في الغالب هو ثمن المثل الذي يقبله كل منهما. ثم إن ما يدفع لهما، إن ارتضياه واكتفيا به عوضاً أخذاً، وإلا طالبا بالمزيد، إن شاء. المستصفى ٢٨٠/١.

الفرع الثاني: تعقيب على الاستدلالات.

هذه هي أهم الأدلة التي ذكروها على حجّية الاستحسان، وما قاله بعض العلماء فيها. وإنّ تأمل هذه الأدلة وما قيل فيها يبلور عندنا الرأي الآتي:

١- إنّ الآيتين لا علاقة لهما بالاستحسان المصطلح، وإنّ استعمال لفظ (الأحسن) إنّما جاء في مفهومه اللغوي، وهو أجنبي عن المعنى المذكور. نعم إذا أريد التوسّع وإدخال الاستحسان ضمن الأحسن، ولو بالمعنى اللغوي، وتُشَبِّث بقاعدة إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فإنه من الممكن أن يُعتبر مشمولاً بالآية. ولكن أي استحسان هذا الذي يمكن أن يدخل في عموم الآية؟. أما آية: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ﴾ [الزمر: ٥٥]، فهي واضحة في أن الأحسن ينبغي أن يكون مما أنزل، فلا تشمل - حينئذ - إلا استحسان الشارع. واستحسان الشارع ثابت بنصوصه الخاصّة التي جاءت به فلا حاجة إلى إثباته بدليل آخر، وبضرب من التكلّف.

وأما آية: ﴿فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الزمر: ١٨] فلا إنكار أن (أحسن القول) فيها عام، ومن الممكن وبضرب من التساهل أن يقال: إنّ الاستحسان داخل في عموم أحسن القول.

وما قيل من أنّ النزاع في وجوب اتباع أحسن القول، والآية لا دلالة فيها على الوجوب، يحتاج إلى التأمل، لأنّ النزاع ليس قاصراً على وجوب اتباع الأحسن، بل يشمل جواز اتباعه أيضًا،

إذ هو نزاع في صلاحية كون الاستحسان دليلاً لاستنباط الأحكام الشرعية، والوجوب تابع لهذه الصلاحية. نعم نصّ السرخسي وغيره من علماء الأحناف على أن الصحيح هو ترك القياس أصلاً في الموضوع الذي يؤخذ به بالاستحسان، وأن العمل بالاستحسان لا يكون مع قيام المعارضة ولكن باعتبار سقوط الأضعف بالأقوى، خلافاً لما ظنه بعض متأخري الأحناف من أن العمل بالاستحسان أولى مع جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان^(١). ولكن ذلك لا يتعارض مع ما ذكرناه؛ لأن الخصم لم ينازع في هذا الجانب فقط، بل إنه ينفي دلالية الاستحسان أصلاً.

٢- وإنّ ما نقل عن ابن مسعود موقوف عليه، ولكن الأمة تلقتة بالقبول، غير أنّ حمله على الاستحسان فيه نوع من التكلف؛ لأن هذا النصّ متعلق بما رآه المسلمون جميعاً، لا أفرادهم، فلا يكون حجة إلا في استحسان الإجماع. ولا حجة فيه على كل فرد من أفراد الاستحسان. وقول بعضهم إنّ الاستحسان من المعاني المستحدثة فلا تصحّ نسبته إلى ابن مسعود صحيح. إلا أنه لم يقل أحد أن ابن مسعود كان يعني الاستحسان المصطلح، وإنّما الاستحسان يدخل في عموم قوله: (ما رآه المسلمون حسناً)، فهو فرد من أفراد المراثيات الحسنة التي يشملها كلام ابن مسعود.

(١) أصول السرخسي ٢/٢٠١.

٣- وإنَّ دليلهم من الإجماع الذي هو مجموعة من الجزئيات المستحسنة المجمع على حكمها، لا يصلح في هذا المقام، لا لما ذكره بعض العلماء من ثبوت تلك الأفعال المجمع عليها بدليل آخر غير الاستحسان فقط، بل لأن الإجماع نفسه حجة قائمة بذاتها، سواء كان مستندًا إلى الاستحسان أم إلى غيره، وهو لا يدل فيما لو أفاد ذلك - على أكثر من حجة استحسان الإجماع. وحجته حينئذ متأتية من كونه إجماعاً لا استحساناً.



المطلب الثالث

ما نراه في الاستدلال على حجية الاستحسان

ونظراً إلى أن ما ذكر من أدلة على حجية الاستحسان مما يمكن مناقشته، وهو ليس مما يقنع خصماً فالذي يغلب في ظننا، بعد عرض ما تقدّم هو الآتي:

١- إن القائلين بالاستحسان لاحظوا مجموعة من الأحكام المتشابهة في كونها مستثناة من قياس، أو أصل مقرر، عندهم، أو عموم، فأطلقوا على كل منها اسم الاستحسان، وسموا الدليل الذي يتم به العدول وجه الاستحسان، سواء كان هذا الدليل نصاً أو إجماعاً أو مصلحة، أو عرفاً، أو ضرورة، أو قياساً خفياً، أو غيرها.

فالاستحسان على هذا مفهوم كلي لا وجود له إلا بوجود أفراده التي هي الأحكام المستحسنة، أي ما كان النوع الذي تنتمي إليه.

٢- وإن هذا المفهوم الكلي عائد إلى التيسير ورفع الحرج، واستخراجه - في حقيقته - مظهر للفهم الأصيل لروح الشريعة الإسلامية وما أنبت عليه من دفع الضرورة ورفع الحرج. وهذا المعنى ثابت في الشريعة قطعاً، وقد قامت على صحته وثبوته عشرات الأدلة. وهو مما أجمعت الأمة عليه.

وعلى هذا فإن الاستحسان تكمن حجّيته في كونه رافعا للخرج، وهذا لا يجوز أن يكون موضع نزاع. ولكن لما كان الحرج أو المشقة الجالبة للتيسير غير منضبطين، عندهم، لم يعلّقوا بهما الأحكام، ولجئوا إلى وسائل معرفة لذلك وكاشفة عن وجوده، وهذه الوسائل هي الأدلة التي يعدل بها عن الأقيسة والقواعد، والمسمّاة عندهم بوجوه الاستحسان. فقولهم: هذا استحسان بالعرف مثلاً، يعني أن العرف يكشف عن وجود حرج يرتفع في الأخذ بحكم مخالف في المسألة المستثناة، وقوله: هذا استحسان بالإجماع يعني أنّ الإجماع كشف عن وجود حرج كان من الممكن أن يقع لو لم يؤخذ بحكم المسألة المستثناة، وهكذا، فكانهم جعلوا هذه الأمور التي يتحقق بها الاستحسان ضوابط له، دفعاً لما يمكن أن يقال: إن الحرج أمر لا ينضبط فلا يصحّ جعل رفعه دليلاً قائماً بنفسه.

وقد سبق لنا أن علمنا رجوع جميع هذه الوجوه إلى الضرورة والحاجة في الغالب.

٣- وإذا كان الأمر كذلك فإنه يمكننا القول: إنّ الاستحسان إضافة إلى الأصل العام المقرّر له، وهو مبدأ رفع الحرج، يمكن أن يعتبر حجة أيضاً، بسبب وجوهه أو بسبب الأدلة التي يعدل بها إليه. بل إنها الأدلة المباشرة في إثباته. فالاستحسان بالنص حجة ودليله حجّية النصّ نفسه، والاستحسان بالإجماع حجة ودليله حجّية الإجماع نفسه.

وهذه الأنواع من الاستحسان لا يسع الخصم إنكارها؛ لأن إنكارها إنكار للإجماع ومنكرو الاستحسان لا ينكرونها ولكنهم ينازعون في أنها من الاستحسان وهذا الأمر إن دل على شيء فإنه يكشف عن عدم إدراك هؤلاء المنكرين حقيقة الاستحسان.

أما الاستحسان بالمصلحة أو العرف أو الضرورة، أو غير ذلك، فإنّ الذي يقول به إنما يقول بهذه الأدلة فحجّيته هي حجية هذه الأدلة ومدى قوتها عند التعارض مع بعضها أو مع غيرها. فمن احتج بالمصلحة وقال بالاستحسان بالمصلحة فإن حجية الاستحسان هي حجية المصلحة عنده مضافة إلى الأدلة العامة في رفع الحرج، وهكذا القائل بالعرف أو الضرورة.

ومن عَجَبٍ أن بعضهم يرى الحجية في قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» ولا يرى ذلك في استحسان الضرورة، مع أنّه منها، وثبوت مراعاتها ثابت بالنصوص الشرعية.



المبحث الخامس

التطبيقات المعاصرة للاستحسان

وبعد ما عرضناه بشأن الاستحسان، ببيان معناه وأنواعه وآراء العلماء فيه، نتعرض إلى مدى الفائدة منه في هذا العصر، وهل هو مما يمكن إجراؤه في المعاملات والنوازل المعاصرة، إن تحقق معناه فيها؟

لقد ذكرنا فيما سبق، أن بعض العلماء نازع في عدّ بعض أنواع الاستحسان منه، وأنه ينبغي أن يحصر معنى الاستحسان فيما سبيله الاجتهاد، وأن عدّ ما استثنى بالنص الشرعي سواء كان قرآناً أو سنة، هو حشر للشيء في غير موضعه. ومقتضى كلام من رأى ذلك أن لا يدخل استحسان النصّ، ولا استحسان الإجماع، في أنواع الاستحسان. وقد ذكرنا أنّ المسألة اصطلاحية، وأن لا مشاحة في الاصطلاح. ولكن يمكن أن تثار مسألة أخرى، وهي أن النصّ قد انقطع بوفاة النبي ﷺ فلا مجال للقول باستحسان النصّ، وهذا كلام صحيح، ولكن من الممكن إجراء الاستحسان بالقياس على ما جرى استحسانه بالنص، عن طريق الاجتهاد وتوسيع نطاق ما تم استحسانه. وأكثر الاستحسانات المعاصرة تدخل في مجال استحسان الضرورة، أو الحاجة، أو المصلحة. وهي معان يقرب بعضها من بعض، واستحسانات النصّ أو الإجماع تدور حولها،

أيضًا. ونذكر فيما يأتي طائفة من الأمثلة التي تدخل في مجال الاستحسانات المعاصرة.

أولاً: من المعلوم أنّ الاستحسان بالنصّ هو من باب الرّخص، التي تثبت استثناء على ما هو معلوم. ومن الأمثلة على ذلك الترخيص في العرايا. فقد ورد أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة بيع التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا، فقد أذن لهم^(١). وفُسّرت المزابنة بأنها بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ، مثل كيله خَرْصًا^(٢). والمعنى المؤدي إلى بطلان المزابنة هو عدم العلم بالمماثلة^(٣). لأن الرّطب ينقص وزنه إذا جفّ، فلا يصلح التمر بديلاً له بالكيل إلا أن يكون مقدراً بصيرورته تمرًا بما يساوي التمر^(٤).

والعرايا جمع عرية، فسرها بعضهم بأنها نخل تُوهَب^(٥) وفُسّرت بأنها بيع الرّطب على النخل بتمر في الأرض، أو العنب في الشجر بزيب^(٦). والنهي عنها، أي المزابنة، لما فيها من شائبة

(١) رواه أحمد والبخاري، والترمذي عن رافع بن خديج وسهل بن حشمة، وزاد فيه وعن بيع العنب بالزيب، وعن كلّ تمرٍ يخرصه. نيل الأوطار ٥/٢١٠.

وفي الباب أحاديث آخر فيها زيادة على النصّ المذكور، فانظرها في نيل الأوطار.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٥/١٩٥.

(٣) شرح منهاج الطالبين لجلال الدين المحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٢٣٨.

(٤) البراهين الحكيمة في الرخصة والعزيمة لمحمد إبراهيم شقرة ص ١٠٩، ١١٠.

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢/٤٨٩.

(٦) منهاج الطالبين بشرح الجلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٢٣٨.

الربا، لأنها بيع مكيل بمكيل من جنسه، فلا يجوز خَرْصًا^(١). وقد طردَ الحنفية ذلك في الكلّ، ومن ضمنها العرايا^(٢). لكن جمهور العلماء أجازوا ذلك في العرايا، استثناء من بيع المزابنة، للنصوص الواردة في ذلك^(٣). واشترط بعض من أجاز ذلك كالشافعية أن تكون العرايا فيما دون خمسة أوسق^(٤). للحديث الوارد في ذلك^(٥)؛ لأن الترخيص فيها كان للحاجة والحاجة تدفع بما دون خمسة أوسق. ووجه الحاجة أن بعض الناس يأتي موسم الرُّطب، ولا تكون بأيديهم نقود يبتاعون بها الرُّطب، ليأكلوه مع الناس، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي يكون بأيديهم. وإذا كان الأمر كما ذكرنا، فإنّ الرخصة المذكورة، هي نوع من الاستحسان؛ لأنها استثناء من القاعدة في بيع المزابنة. ومن الممكن إجراء ذلك في غير ما ورد به النصّ، وهو التمر بالرُّطب، والعنب بالزبيب، ففي هذا العصر أمكن تجفيف التين،

(١) فتح القدير ١٩٥/٥، وانظر: معه العناية للبابرني في الموضوع المذكور.

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: الهامش (١) في الصفحة السابقة.

(٤) منهاج الطالبين في الموضوع السابق. وانظر نيل الأوطار ٢٠٢/٥، والوسق: ستون صاعاً على ما هو الصحيح من أقوال العلماء. وهو يساوي بالمقاييس المعاصرة ١٣٠,٦ كيلوغراماً. انظر: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ص ٤٧٦ و٤٧٧، وانظر: المغني ٦٦/٤ وما بعدها.

(٥) في البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه إنّ النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق (انظر: فتح الباري ٣٨٧/٤، باب بيع التمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة).

وكثير من الفواكه، فقياسًا على ما تقدّم فإنه يجوز بيع التين والفواكه أو الثمار الآخر على أشجارها، بثمار مجففة من جنسها، مثل كيلها خرصًا، قياسًا على ما ثبت بالنصر، والجامع بينها الحاجة في الكلّ.

ثانيًا: ومما يمكن أن يعد من الاستحسانات المعاصرة تجويز صورٍ متعدّدة لعقد السّلم، مما لم يكن معهودًا في السابق. والسّلم قد قيلت فيه تعريفات متعدّدة، قال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) إنّ معناه الشرعي بيع أجل بعاجل^(١)، وقال ابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)^(٢): هو أن يسلم عوضًا حاضرًا، في عوضٍ موصوف في الذمة إلى أجل^(٣). فالمعقود عليه غير موجود، وإنما هو مؤجل التسلم. وفي التعريفات إنه في الشرع (اسم لعقد يوجب الملك في

(١) فتح القدير ٣٢٣/٥. وجاء في المادة (١٢٣) من مجلة الأحكام العدلية إن السّلم (بيع مؤجل بمعجل) درر الحكام ٩٩/١، وشرح المجلة للأتاسي ٢/١٦. وهو موافق لتعريف الفقهاء.

(٢) هو أبو محمد عبدالله بن محمد بن قدامة العدوي القرشي الجماعيلي المقدسي، ثم الدمشقي الملقّب بموفق الدين، كان من أئمة المذهب الحنبلي في زمانه. أخذ علمه من أعيان علماء بلده، ثم في بغداد والموصل ومكة. توفي سنة ٦٢٠هـ. ودفن في سفح جبل قاسيون.

من مؤلفاته: المغني، والكافي، والمقنع، والعمدة، ومختصر الهداية لأبي الخطاب في الفقه، وروضة الناظر في أصول الفقه، وغير ذلك.

راجع في ترجمته: فوات الوفيات ٤٣٣/١، وذيل طبقات الحنابلة ١٣٣/٢-١٤٩، وشذرات الذهب ٨٨/٥، والفتح المبين ٥٣/٢، والأعلام ٦٧/٤.

(٣) المغني ٣٠٤/٤.

الثلث عاجلاً، وفي المثلث آجلاً. فالمبيع يسمّى مسلماً فيه، والثلث رأس المال، والبائع مسلماً إليه، والمشتري رب السلم^(١).

وهذا العقد مخالف للقياس، أو القاعدة المقررة في البيع، إذ هو من بيع المعدوم، أو بيع ما ليس عند البائع. والأصل أن يكون المبيع موجوداً، ومملوكاً للبائع. قال ﷺ لحكيم بن حزام^(٢): «لا تبع ما ليس عندك»^(٣). ولكن ورد استثناء السلم من حكم بيع المعدوم، أو ما ليس عند الإنسان، فأجيز على وجه الرخصة^(٤)، لأدلة عدة، منها ما هي من الكتاب، ومنها ما هي من السنة، ومنها ما هي من الإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ووجه الدلالة إن لفظ الآية عامٌ يشمل السلم، أيضاً، لأنه نوع من المداينة، كما وجَّهوا

(١) التعريفات ص ١٠٦.

(٢) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى. أحد أصحاب رسول الله ﷺ وهو ابن أخي خديجة أم المؤمنين. كان من سادات قريش في الجاهلية والإسلام، قيل إنه عاش ١٢٠ سنة. أسلم يوم الفتح. وتوفي في المدينة سنة ٥٤هـ - على خلاف في ذلك.

راجع في ترجمته: شذرات الذهب ٦٠/١، والأعلام ٢٦٩/٢.

(٣) أخرجه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان في صحيحه، ورواه آخرون، أيضاً. انظر: التلخيص الحبير ٥/٣.

(٤) فتح القدير ٣٢٤/٥.

ذلك. وعن ابن عباس (ت ٦٨هـ) أنه قال: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه، وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية^(١).

وأما السنة فما روي عن ابن عباس رضي الله عنه (ت ٦٨هـ) أنه قال: قدم النبي ﷺ والناس يسلفون في التمر السنة والستين والثلاث، فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم^(٢).

وأما الإجماع فتحقق باتفاق علماء المسلمين على جوازه. وقد قال ابن المنذر (ت ٣٠٩هـ)^(٣). أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن السلم جائز^(٤). يضاف إلى ذلك من المعقول إن الناس في حاجة إليه؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون

(١) المغني ٤/٣٠٤، وفتح القدير ٥/٣٢٤، والتلخيص الحبير ٣/٣٢.

(٢) حديث متفق عليه. انظر: التلخيص الحبير ٣/٣٢، والجامع الصغير ٢/١٦٤، والمغني ٤/٣٠٤، وفتح الباري ٤/٤٢٩.

(٣) هو: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر الشافعي النيسابوري. من علماء الشافعية ومجتهديهم. وكان أحد المحمدين الأربعة المشهورين عند الشافعية ذكر الشيرازي أنه توفي سنة ٣٠٩هـ، أو ٣١٠هـ. لكن نقل ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) عن الذهبي أن هذا ليس بشيء؛ لأنه يوجد من العلماء من لقي ابن المنذر سنة ٣١٦هـ.

من مؤلفاته: الأوسط، والإشراف في اختلاف الفقهاء، وكتاب الإجماع والتفسير وغيرها.

راجع في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى ٢/١٢٦، والفتح المبين ١/١٦٨.

(٤) المغني ٤/٣٠٤.

إلى النفقة على أنفسهم، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم^(١).

وبسبب كونه بيعاً لمعدوم، أو لما ليس عند الإنسان، عدّه الحنفية مخالفاً للقياس، ومستثنى من حكم الدليل العام، على سبيل الترخّص، فجوازه يكون من باب الاستحسان. وقد نازع بعض العلماء كابن القيم (٧٥١هـ)^(٢) في ذلك، وعدّ السلم موافقاً للقياس. قال: (وقياس السّلم على بيع العين المعدومة التي لا يُدرى أيقدر على تحصيلها أم لا، والبائع والمشتري على غرر، من أفسد القياس صورة ومعنى. وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور عليه، وبين المسلم إليه في مغل مضمون في ذمته، مقدور في العادة على تسليمه، فالجمع بينها كالجمع بين الميتة والمذكي، والربا والبيع)^(٣). وقد تعقّب

(١) المصدر السابق.

(٢) هو: أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي ثم الدمشقي الحنبلي. من فقهاء الحنابلة وأصوليين ومجتهدين البارزين، وكان إلى جانب ذلك مفسراً، متكلماً، ونحوياً، ومحدثاً، ومشاركاً في علوم كثيرة. لازم ابن تيمية وأخذ عنه العلم وسجن معه في قلعة دمشق. توفي سنة ٧٥١هـ، ودفن في سفح جبل قاسيون بدمشق.

من مؤلفاته: أعلام الموقعين عن رب العالمين، وزاد المعاد في هذي خير العباد، وإغاثة اللهفان وغيرها.

راجع في ترجمته: الذيل على طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢، والدرر الكامنة ٥/١٣٧، وشذرات الذهب ٦/١٦٨.

(٣) أعلام الموقعين ١/٣٥٠.

ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) هذا الكلام، وقال: إن حاصل هذا الكلام اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم، فيكون على خلاف القياس، وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به، وليس كلامهم هذا، بل إنه نفسه بيع المعدوم، فهو على خلاف القياس الأصلي فيه. وكونه معدومًا لا يقدر على تحصيله عادة، ليس هو معتبرًا في مفهوم السلم، عندهم، بل هو زيادة من عنده^(١). وقال: وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس، بل لأجل هذه المصلحة شرع، وإن كان على خلاف القياس^(٢).

ومهما يكن من أمر فإن السلم، سواء كان ثابتًا بالنص أو الإجماع، أو العرف، فإنه يعد من قبيل ما جاز استحسانًا، عند الحنفية، لأنه من بيع الإنسان ما ليس عنده، فهو مخالف للقاعدة، أو القياس.

وقد وضع العلماء طائفة من الشروط التي لابدّ من تحققها في عقد السلم، منها:

- ١- أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهرًا، فيصحّ في الحبوب والثمار، والدقيق، والثياب، والحريز، والقطن، والكتّان، والصوف، والنحاس، والأدوية، والطيب، والخلول، والأدهان، والشحوم، والألبان، والشعر، والورق، والحديد،

(١) فتح القدير ٣٢٤/٥، وانظر فيه تفاصيل مناقشة ابن الهمام لما أورده ابن القيم.

(٢) المصدر السابق.

والرصاص، والصففر، والزنيق، والشب، والكبريت،
والكحل، وكل مكيل أو موزون، أو مزروع، وغيرها، مما
يدل على سعة المجال الذي يدخل فيه. وللعلماء تفاصيل في
كثير من الجزئيات^(١).

٢- أن يعرف مقدار المسلم فيه بالكيل، إن كان مكيلاً،
وبالوزن، إن كان موزوناً، وبالعدد إن كان معدوداً،
وبالذراع، إن كان مذكوعاً^(٢).

٣- أن يكون مؤجلاً إلى أجل معلوم^(٣).

٤- أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله^(٤). أي مقدوراً
على تسليمه عند وجوب التسليم.

٥- أن يقبض الثمن كاملاً في مجلس العقد، قيل التفرق^(٥).

ولا يجوز السلم عند الحنفية إلا مؤجلاً، خلافاً للشافعي الذي
جوّزه حالاً^(٦)، لإطلاق الحديث (ورخص في السلم)؛ ولأنه لا
دليل على اشتراط الأجل، فوجب نفيه^(٧). ووجهة نظر الحنفية

(١) المغني: ٣٠٥/٤.

(٢) المصدر السابق ٣١٨/٤، وفتح القدير ٣٢٤-٣٢٦.

(٣) المغني ٣٢١/٤.

(٤) المصدر السابق ٣٢٥/٤، والهداية بشرح فتح القدير ٣٣١/٥.

(٥) المغني ٣٢٨/٤.

(٦) منهاج الطالبين بشرح الجلال المحلي وحاشيتي قلوبوي وعميرة ٢٤٧/٢.

(٧) فتح القدير ٣٣٥/٥.

مستندة إلى قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم»^(١)، وإلى أن السلم شرع
 رخصة دفعاً لحاجة المفاليس، فلا بد من الأجل؛ ليقدر على
 التحصيل فيسلم، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد
 المرخص^(٢).

وهذا العقد الذي ثبت استحساناً، على خلاف القياس، يمكن
 الإفادة منه وهذا العصر بتطويرة وتوسيع مجاله، وأن لا يقتصر فيه
 على ما حدّه الفقهاء واعتباره أداة تمويل ذات كفاءة عالية في
 الاقتصاد الإسلامي، وفي نشاطات المصارف الإسلامية.

وقد درس مجمع الفقه الإسلامي في جدّة موضوع السلم في
 دورته التاسعة المنعقدة في أبي ظبي بدولة الإمارات العربية
 المتحدة من ٦-١ ذي القعدة سنة ١٤١٥هـ الموافق ٦-١ نيسان
 (إبريل) سنة ١٩٩٥م فاتخذ قراره رقم (٨٥) بشأن السلم، فهو قد
 حدّد أولاً أن السلع التي يجري فيها عقد السّلم تشمل كل ما يجوز
 بيعه، ويمكن ضبط صفاته، ويثبت ديناً في الذمة، سواء أكانت من
 المواد الخام، أم المزروعات أم المصنوعات^(٣).

ثم ذكر طائفة من شروطه.

(١) انظر تخريج الحديث في الهامش (٢) من ص: ١٦٢ .

(٢) الهداية بشرح فتح القدير ٣٣٥/٥.

(٣) القرار رقم ٨٥ من قرارات وتوصيات الدورة التاسعة لمجلس مجمع الفقه
 الإسلامي في جدة. المنعقدة في أبي ظبي من ٦-١ ذي القعدة سنة ١٤١٥هـ،
 من ٦-١ نيسان سنة ١٩٩٥م.

ثم ذكر ثانياً التطبيقات المعاصرة للسلم. ونذكر نصها فيما يأتي:

(انطلاقاً من أن السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي، وفي نشاطات المصارف الإسلامية، من حيث مرونتها، واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان تمويلًا قصير الأجل، أم متوسطه، أم طويله واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين، أم الصناعيين، أم المقاولين، أم من التجار. واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى.

ولهذا تعددت مجالات تطبيق عقد السلم، ومنها ما يلي:

أ- يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها ويسلموها، إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعًا بالغًا، ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عند تحقق إنتاجهم.

ب- يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي، ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج وتصدير السلع والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها

سلمًا وإعادة تسويقها بأسعار مجزية.

ج- يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات، أو مواد أولية كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها^(١).

ثالثًا: ومما يمكن أن يدخل في التطبيقات المعاصرة، للاستحسان الصور الجديدة للاستصناع والاستصناع في اللغة طلب صنع الشيء من ذي حرفة الصناعة^(٢). وفي الاصطلاح عرّفه ابن عابدين (١٢٥٢هـ) بأنه (طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص)^(٣). وكثير من الفقهاء يعرفونه بالتصوير، أي بذكر صورة من صورته، كأن يعرفوه بأن يجيء إنسان إلى صانع فيقول له: اصنع لي شيئًا صورته كذا، وقدرته كذا، بكذا درهمًا، ويسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها أو لا يسلم^(٤). وفي المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية عُرّف الاستصناع بأنه (عقد مقابلة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئًا، فالعامل صانع،

(١) القرار السابق (٨٥) لمجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة الأمم الإسلامية. في الدورة التاسعة.

(٢) لسان العرب.

(٣) رد المحتار ٢/٢٢٣.

(٤) العناية للبايرني بهامش فتح القدير ٣٥٤/٥، ويمثل ذلك صورته الكمال بن الهمام في فتح القدير.

والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع^(١). وقد اختلفوا في تكييفه، فبعض الفقهاء يراه بيعاً، وبعضهم يراه عدة، وقد ذكروا له أركاناً وشروطاً متعدّدة، ليس هذا موضع بحثها؛ لأنها غير مقصودة لنا، هنا.

ومهما يكن من أمر فقد عدّوه مخالفاً للقياس؛ لأنه من بيع المعدوم، وقال الحنفية بأنه جاز استحساناً. قال ابن الهمام (ت ٨٦١هـ) في توجيه الاستحسان (للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(٢). وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً...^(٣).

وفي هذه الحالة يمكن أن يقال إن هذا ثابت بالسنة، فلا يكون من باب ترك القياس بالعرف والتعامل؛ إلا إذا قصرنا ما ثبت بالسنة على استصناعات محدودة كانت في عهد النبي ﷺ وعهد صحابته، فيكون تجاوز هذه الاستصناعات إلى أنواع غيرها ممّا ترك به القياس للعرف والتعامل، ومع تطوّر الحياة، وارتقاء

(١) درر الحكام ٩٩/١، وشرح المجلة للأناسي ١٧/٢.

(٢) رواه أحمد والطبراني في الكبير، وابن أبي خيثمة في تاريخه عن أبي نصر الغفاري رفعه من حديث: سألت ربي أن لا تجتمع أمتي على ضلالة، فأعطانيها. وقد أخرج غير هؤلاء مرفوعاً، أيضاً (انظر: تفاصيل ذلك وشواهد في كشف الخفاء ٤٧٠/٢).

(٣) فتح القدير ٣٥٥/٥.

الحضارات فقد نشأت مصنوعات جديدة يحتاجها الإنسان في مختلف المجالات، ولم تعد الحاجة إلى المصنوعات بسيطة، كما كانت من قبل، بل أصبحت متنوعة ودقيقة، وواسعة، ومتجددة، على مرور الأيام، فأصبحت تشمل عقود المقاولات الضخمة لبناء المساكن وتشبيد القصور والعمارات والفنادق ومحطات توليد الطاقة الكهربائية، وبناء السفن، والطائرات والقطارات والسيارات، والرافعات، والحفارات، وأجهزة التكييف والتبريد، وحفر آبار النفط والمياه، وتشبيد السدود، وإقامة أنظمة الري، وتبليط الشوارع، وإنشاء شبكات المياه والصرف الصحي، وغيرها، مما لا يستطيع أن يقوم بقسم كبير منه إلا الشركات والمؤسسات ذوات رؤوس الأموال الضخمة الممكنة للقيام بمثل هذه الأعمال. ويدخل في ذلك تصنيع الأجهزة الإلكترونية الدقيقة، والأجهزة الكهربائية المتنوعة، وهي على مختلف أنواعها وصورها لا تدخل في قواعد وأقيسة البيع المقررة شرعاً، بل هي مخالفة لقياسها ومنهجها، إذ هي داخلة في إطار بيع الإنسان ما ليس عنده.

رابعاً: ومما يدخل في مجال التطبيقات المعاصرة للاستحسان مسألة التبرّع بالأعضاء، ونقلها، وزرعها. وهذه المسألة مما اختلف فيها العلماء وتضاربت اجتهاداتهم فيها، فمنهم من أجاز، ومنهم من منع، ومنهم من فضّل في المسألة. وإن استقصاء الأقوال والأدلة يخرج بنا عن التركيز على الموضوع الذي نحن

بصدده^(١). وسنكتفي بذكر مقدمات المسألة وعلاقتها بالاستحسان، فنقول:

إن الأصل أو القياس أن لا يجوز للإنسان أن يتصرف في بدنه لا كلاً، ولا جزءاً، فليس له أن يقتل نفسه، ولا قتل غيره، ولا قطع أجزاء من جسمه لأكلها عند المخصصة. ومما يدل على ذلك:

١- إن الله تعالى نهى عن قتل النفس الإنسانية، وهدد القاتل بنار جهنم، وشرع القصاص والدية عقوبة لمرتكب هذه الجريمة. وهذا النهي عن القتل عام يشمل قتل الإنسان غيره، وقتله نفسه. قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩].

٢- وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]. ووجه الدلالة في الآية أن التكريم يقتضي المحافظة على أبدانهم وصورهم، على نحو ما خلقهم الله تعالى عليه، وعلى نحو ما أمر به^(٢).

(١) انظر في ذلك: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي ص ٥٧-١٤٥ وأبحاث فقهية وقضايا عصرية لمحمد نعيم ياسين البحث الثالث ص ١٣٥-١٨٦، ونقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي للدكتور عبدالسلام عبدالرحيم السكري.

(٢) حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي. للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي ص ٦٤.

٣- ورد في السنّة أخبار كثيرة تفيد حرمة قتل النفس ، وعصمة الدماء.

وعلى هذا فإنّ القيام باقتطاع أيّ جزء من أجزاء جسم الإنسان يُعدّ مخالفاً للأصل المذكور فالقول بجوازه في بعض الحالات يُعدّ استثناء من القاعدة، ومخالفاً للقياس، أي القاعدة، المقررة، وهذا هو الاستحسان.

وقد رجّح مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي جواز ذلك بشروط معينة. فقد جاء في القرار الأوّل من قرارات الدورة الثامنة المنعقدة في ٢٨ شهر ربيع الآخر سنة ١٤٠٥هـ إلى ٧ جمادى الأولى سنة ١٤٠٥هـ، بعد المقدمة (...). وبعد المناقشة المستفيضة بين أعضاء مجلس المجمع رأى المجلس أن استدلالات القائلين بالجواز هي الراجحة، ولذلك انتهى المجلس إلى القرار الآتي:

أولاً: إنّ أخذ عضو من جسم إنسان حيّ وزرعه في جسم إنسان آخر، مضطرّ إليه؛ لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية، بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة، وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد، إذا توافرت فيه الشروط التالية:

١- أن لا يضرّ أخذ العضو من المتبرّع به ضرراً يخلّ بحياته

العادية، لأن القاعدة الشرعية (إن الضرر لا يزال بضرر مثله، ولا بأشد منه)، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهو أمر غير جائز شرعاً.

- ٢- أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع، دون إكراه.
- ٣- أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.
- ٤- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة، أو غالباً.

ثانياً: تعتبر جائزة شرعاً بطرق الأولوية الحالات التالية:

- ١- أخذ العضو من إنسان ميت لإنقاذ إنسان آخر مضطراً إليه، بشرط أن يكون المأخوذ منه مكلفاً. وقد أذن بذلك في حالة حياته.
- ٢- أن يؤخذ العضو من حيوان مأكول ومذكى مطلقاً، أو غيره عند الضرورة، لزرعه في إنسان مضطراً إليه.
- ٣- أخذ جزء من جسم الإنسان لزرعه، أو الترقيع به في جسمه نفسه، كأخذ قطعة من جلده، أو عظمه، لترقيع ناحية أخرى، من جسمه عند الحاجة إلى ذلك.
- ٤- وضع قطعة صناعية، من معادن أو مواد أخرى في جسم الإنسان، لعلاج حالة مرضية فيه، كالمفاصل، أو صمام القلب، وغيرهما، فكل هذه الحالات الأربع يرى المجلس جوازها شرعاً بالشروط السابقة.

كما بحث مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة الأمم الإسلامية هذا الموضوع في دورته الرابعة المنعقدة بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة سنة ١٤٠٨هـ، الموافق ٦-١١ فبراير سنة ١٩٨٨م. واتخذ فيه قراراً تفصيلياً فيه تقسيمات متعددة للموضوع، وقد اتخذ القرار الآتي:

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان في جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية، أرجح من الضرر المترتب عليها، ويشترط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود، أو لإعادة شكله، أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب، أو إزالة دمامة تسبب للشخص ألماً نفسياً أو عضوياً.

ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية وتحقق الشروط الشرعية المعتمدة.

ثالثاً: تجوز الاستفادة من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلّة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما، عند استئصال العين لعلّة مرضية.

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، كنقل قرنية العينين كليهما، أمّا إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادساً: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك بشرط أن يأذن الميت قبل موته، أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين، إن كان المتوفى مجهول الهوية، أو لا ورثة له.

سابعاً: وينبغي ملاحظة: إن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع بحال ما. أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة، أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامناً: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية^(١).

(١) انظر: نصّ القرار كاملاً في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع (١/ ٨٩). وانظر الآراء المختلفة واستدلالات أصحابها في كتاب الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين وتطبيقاته المعاصرة. للدكتور مصلح بن عبدالحّي النجار ص ٢٧٣-٢٨٢.

خامساً: والأصل في تصوير ذوات الروح المنع، إذ وردت نصوص الشارع ناهية عن ذلك، ومهذدة المصوّرين بأشدّ العذاب. فعن عبدالله بن مسعود (ت ٣٢هـ) عن النبي ﷺ أنه قال: «إنّ أشدّ الناس عذاباً يوم القيامة المصوّرون»^(١)، وقال: «كلّ مصوّر في النار، يجعل الله له بكل صورة صوّرها نفساً، فتعذّبه في جهنم»^(٢). إلى غير ذلك من الأحاديث ذات الصلة بهذا الموضوع. والنهي عن ذلك يعمّ أنواع الصور كافة، لكنّ بعض العلماء فرّقوا بين ما كان مجسّماً كالتمائيل، وما كان تصويراً باليد، سواء كان في ورقٍ أو قماش أو جلدٍ أو جدار، أو غير ذلك.

أمّا الصور الشمسية التي تؤخذ بألة التصوير فهي شيء مستحدث، لم يكن في عصر الرسول ﷺ ولا سلف الأمة. وقد وقع فيه الخلاف بين العلماء المعاصرين، فهل ينطبق عليها ما ورد في التصوير والمصوّرين من الوعيد أولاً؟

وقد أفتى الشيخ محمد بخيت المطيعي (ت ١٣٥٤هـ)^(٣) مفتي

(١) أخرجه البخاري عن عبدالله بن مسعود في كتاب اللباس، باب عذاب المصوّرين يوم القيامة، (انظر فتح الباري ١٠/٣٨٢) كما أخرجه مسلم في كتاب اللباس والزينة باب تحريم تصوير صورة الحيوان (انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/٩٢).

(٢) أخرجه مسلم عن ابن عباس في كتاب اللباس والزينة باب تحريم تصوير صورة الحيوان (صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/٩٣).

(٣) هو الشيخ محمد بن بخيت المطيعي الحنفي، نسبة إلى المطبعة من أعمال أسيوط في مصر. كان من علماء الأزهر البارزين تولّى القضاء والتدريس، =

الديار المصرية الأسبق ﷺ بأن أخذ الصورة بالفوتوغرافيا، الذي هو عبارة عن حبس الظل بالوسائل المعلومة لأرباب هذه الصناعة ليس من التصوير المنهي عنه في شيء، لأن التصوير المنهي عنه هو إيجاد صورة، أو صنع صورة لم تكن موجودة، ولا مصنوعة من قبل يضاهي بها حيواناً خلقه الله تعالى، وليس هذا المعنى موجوداً في أخذ الصور بتلك الآلة^(١).

وقد فرّق الشيخ يوسف القرضاوي في الحكم بين موضوعات الصورة، فليس كل ذلك جائزاً، فالتصوير المثير للشهوات، أو تصوير النساء عاريات أو شبه عاريات، وتصوير الكفار والفساق والظلمة الذين يجب على المسلم أن يعاديهم، لا يجوز أن يفتى بحله، فهو حرام^(٢).

والذي نخلص إليه إن تصوير ذوات الروح، فيما عدا التماثيل

= ثم قلّد منصب إفتاء الديار المصرية سنة ١٩١٤هـ. كان من أشدّ المعارضين لحركة الإصلاح التي قام بها الشيخ محمد عبده. توفى في القاهرة؛ سنة ١٩٣٥م / ١٣٥٤هـ).

من مؤلفاته: البدر الساطع على مقدمة جمع الجوامع في الأصول، ونهاية السؤل في علم الأصول، وإرشاد أهل الملة في إثبات الأهله، وإرشاد الأمة إلى أحكام أهل الذمة، وغيرها.

راجع في ترجمته: الفتح المبين ٣/ ١٨١، والأعلام ٦/ ٥٠، ومعجم المؤلفين ٩/ ٩٨. (١) الحلال والحرام في الإسلام، للدكتور يوسف القرضاوي ص ١١٢، نقلاً عن رسالة: (الجواب الشافي في إباحة التصوير الفوتوغرافي) للشيخ محمد بخيت المطيعي.

(٢) المصدر السابق ص ١١٢ و ١١٣.

والمجسّمات، إن كانت تدعو إليها حاجة أو ضرورة، فهو جائز، استثناء من أصل المنع، وعلى وجه الاستحسان على ما هو الراجح من رأي العلماء، إذ إنه حتى العلماء الذين رأوا حرمة هذا النوع من التصوير أباحوه في الحالات التي تدعو إليها الحاجة، أو الضرورة.

ومن الحالات التي تدعو إليها الحاجة أو الضرورة:

البطاقات الشخصية، وحفاظ النفوس، وجوازات السفر، ورخص قيادة السيارات، وإقامات الأجانب، والشهادات والوثائق الدراسية في المدارس والجامعات، وسجلات الجناة وصور المجرمين للتعرف عليهم وتجنّب خطرهم، وغير ذلك^(١).

كما أن اتخاذ الصور وسائل إيضاح للأغراض التعليمية يمكن أن يدخل في هذا المجال، وربما أمكن القول بجواز المجسّمات للأغراض العلمية أيضًا، سواء كانت للجسم كله، أو لبعض أجزائه. استثناء من قاعدة المنع، على وجه الاستحسان، للضرورة أو الحاجة، والله أعلم^(٢).

سادسًا: الأصل الالتزام بما تتضمنه العقود، من شروط، أو مواصفات، أو أسعار، أو غير ذلك. قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ

(١) رسالة (الحاجة وأثرها في الأحكام) ص ٦٦٥.

(٢) انظر: بعض التفصيل في إيضاح ذلك، كتاب: حكم الإسلام في الصور والتصوير للدندل جبر ص ٥٦-٥٢.

ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ [المائدة: ١]. فـللعقد، إذن، قوّة ملزمة، فيجب تنفيذه، ولا يجوز لأي من أطرافه، أو القاضي أن يستقل بنقضه أو تعديله. غير أنّه، إذا طرأ ظرف أو حادث استثنائي، لم يكن متوقّعا حدوثه، عند العقد، سواء كان سماوياً أو غير ذلك، وكان الالتزام بالعقد، بالرغم من هذا الظرف، ملحقاً لضرر بالمدين أو أحد المتعاقدين، فإنّه من الممكن تعديل هذا العقد وما فيه من التزامات، أو تخفيفه لإزالة الضرر الناشئ من الجوائح والظروف الطارئة استحساناً^(١).

ويدخل مثل هذا التعديل في العقد أو شروطه، فيما يسمّى في مصطلح أهل القانون (نظرية الظروف الطارئة). وقد جاءت هذه النظرية استثناء من القوّة الملزمة للعقد، اقتضته العدالة، ورفع الحرج، والرفق بالناس، ومبدأ المساواة بين المتعاقدين^(٢). ولهذا الاتجاه أصلٌ في الشريعة الإسلامية، التي جاءت نصوصها من الكتاب والسنة بمراعاة الضرورة، وعدم تكليف المسلم ما ليس في وسعه، ورفع الحرج والمشقة عن الناس. قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وقال: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا

(١) أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد ١٩٧/١.

(٢) القول الواضح في بيان الجوائح لأبي زكريا الحطّاب - مقدّمة المحقق

ضرار»^(١). وقال في حديث جابر (ت ٧٨هـ)^(٢): «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، فبم تأخذ مال أخيك بغير حق»^(٣).

وعلى هذا فالحالات التي روعي فيها جانب الضرورة، وحصول الأعذار والجوائح كانت استثناءً مما يقتضيه القياس أو قاعدة العقد. فهي تدخل وفق مقاييس أهل الأصول القائلين بالاستحسان، فيه. وقد اتخذت في المجال التطبيقي، مسارين:

الأول: حالات الجوائح في بيع الثمار والخضر والزروع والفواكه عند الملكية والحنابلة.

والثاني: فسخ الإجارة بالأعذار.

أما الجوائح فهي جمع جائحة، وهي في اللغة بمعنى المستأصلة والمهلكة. يقال: جاحت الآفة المال تجوحه جوحاً من

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري، كما رواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلًا، فأسقط أبا سعيد. وله طرق يقوي بعضها بعضاً.

انظر: كشف الخفاء ومزيل الإلباس ٢/ ٤٩١، وجامع العلوم والحكم ٢/ ٢٠٧، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢.

(٢) هو جابر بن عبدالله الخزرجي الأنصاري السلمي. صحابي من المكثرين في الرواية عن النبي ﷺ كانت له في أواخر أيامه حلقة في المسجد النبوي، يؤخذ عنه فيها العلم، توفي سنة ٧٨هـ.

راجع في ترجمته: شذرات الذهب ١/ ٨٢، والأعلام ٢/ ١٠٤.

(٣) حديث صحيح رواه مسلم من حديث جابر بن عبدالله مسنداً - باب وضع الجوائح. انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١/ ٢٨، ونيل الأوطار ٥/ ١٧٤.

باب قال: إذا أهلكته. قال ابن فارس (ت ٣٩٥هـ) والجيم والواو والحاء أصل واحد، وهو الاستئصال، يقال: جاح الشيء بجوحه استأصله، ومنه اشتقاق الجائحة^(١). وفي القاموس المحيط إن الجائحة هي الشدة التي تحتاج المال.

وفي الاصطلاح: حدّها الشافعي (٢٠٤هـ) رحمته الله بأنها ما أذهب الثمر بأمر سماوي^(٢). وعرفها ابن عرفة (ت ٨٠٣هـ) من المالكية^(٣) بأنها ما أتلّف من معجوز عن دفعه قدرًا من ثمر ونبات، بعد بيعه^(٤). وقيل إلى جانب ذلك تعريفات أخرى، بعضها ضيق مجال الجوائح، وبعضها عممه، لكن المفهوم من ذلك هو أن الجوائح تمثل أضرارًا لا يمكن دفعها، سواء كانت بأمر سماوي، أو بأمر بشري، كما أنه لا يمكن فيها التضمين. ويغلب في كلام المتقدمين تناول موضوع

(١) معجم مقاييس اللغة ٤٩٢/١.

(٢) المصباح المنير.

(٣) هو أبو عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الوردغمي، نسبة إلى ورغمة قرية في أفريقيا، من أكبر علماء تونس وخطبائها في القرن الثامن الهجري. من المالكية. كان مقررًا، وفقيرًا، وأصوليًا، ومتكلمًا، ومنطقيًا وحاسبًا، تولّى إمامة الجامع الأعظم، وقصده الناس، وانتفعوا بعلمه. عرف بالزهد والورع. توفي في تونس سنة ٨٠٣هـ.

من مؤلفاته: المبسوط، والمختصر الكبير في فقه المالكية، والحدود في التعاريف الفقهية، وغيرها.

راجع في ترجمته: شذرات الذهب ٣٨/٧، والأعلام ٤٣/٧، ومعجم المؤلفين ٢٨٥/١١.

(٤) القول الواضح في بيان الجوائح للحطّاب. حاشية المحقق رقم ٥ ص ٩١.

الثمار وما يصيبها من تلف، أو نقص قبل تمام قبضها^(١).

ولكن الذي يبدو أنّ الجوائح لا يقتصر أمرها على ما ذكر، بل هي تتناول كلّ ما يتحقق فيه معناها من إجارة، وعقود مقاولات، وبيع ذات نطاق أوسع من نطاق الثمار، وغير ذلك. ولهذا فقد عرّفها بعض المعاصرين بما لا يقتصر على ذلك^(٢). وتدخل في الجوائح الأسباب السماوية كالزلازل، والفيضانات، والأعاصير المدمّرة: المؤدية إلى هدم المنازل، وإغراق المزارع، وتلف الأشجار، وموجات الحرّ والبرد والثلج غير المعتاد المؤدية إلى تلف الثمار وهلاك الزروع، ونقص المياه والجذب، والآفات الزراعية من حشرات وديدان وفئران وغيرها. كما يدخل في ذلك ما هو من صنع آدمي، مما لا يمكن تضمينه كزحف الجيوش^(٣). وربما دخلت في ذلك الأعذار التي تفسخ بها الإجارة، عند الحنفية ومن وافقهم^(٤). ويوجه عام فإن وضع الجوائح، وفسخ العقود أو تعديلها للأعذار، وفق شروطها العامة أو الخاصة هو من المبررات التي ذكرها من تكلم عما يسمى (نظرية الظروف

(١) انظر طائفة من هذه التعريفات في كتاب الجوائح وأحكامها ص ٢١ وما بعدها.

(٢) انظر: في ذلك رسالة الماجستير (الجوائح وأحكامها) للدكتور سليمان بن إبراهيم الشنيان ص ٢٨، فقد عرّف الجوائح بأنها (ما لا يستطيع دفعه، ولا تضمينه، إذا أتلّف أو انقص العوض قبل تمام قبضه).

(٣) الجوائح وأحكامها ص ٤٧.

(٤) المصدر السابق ص ٣٧.

الطارئة) في الفقه الإسلامي، والتي تستثنى بموجبها الحالات الطارئة غير المتوقعة، في العادة، من موجبات أحكام العقود. والتي يمثل استثناءها صورة من صور الاستحسان.

وأما ما يتعلق بفسخ الإجارة، بالأعذار فإن جمهور العلماء لا يرون ذلك، إذ الإجارة عندهم، عقد لازم لا يفسخ إلا بما تفسخ به العقود اللازمة، وذهب الحنفية إلى جواز ذلك، للعدر الطارئ^(١). رفعا للخرج ودفعاً للمشقة عند تحقق الأعذار المبيحة لفسخ عقد الإجارة، وهذه الأعذار منها ما يرجع إلى العين المؤجرة، ومنها ما يرجع إلى المؤجر. ومنها ما يرجع إلى المستأجر. وفيما يأتي توضيح ذلك:

١- فمن الأعذار التي ترجع إلى العين المؤجرة، عذر من يستأجر فندقاً سياحياً في منطقة سياحية معلومة، ثم ينزح الناس عن المنطقة بسبب الحرب^(٢). أو أن يستأجر أرضاً يزرعها فينقطع عنها الماء، أو تغمرها المياه^(٣). أو أن يبلغ الصبي الذي قام بالتأجير له أبوه، أو وصي أبيه، أو جدّه، أو القاضي، أو

(١) بداية المجتهد ٢/٢٢٧، والهداية ٣/١٨٣، وفي نسبه ذلك إلى جمهور العلماء بإطلاق ما ينافي واقع كتبهم، لأن أغلب المذاهب تجيز فسخ الإجارة بالعدر، ولكن ليس بكل عذر، بل في مجالات معينة. (انظر: آراء المذاهب في كتاب الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي ص ٥٥٩ - ٥٧٩).

(٢) القول الواضح (مقدمة المحقق ص ٣٥).

(٣) بدائع الصنائع ٤/١٩٧.

أمينه، فالصبي إذا بلغ في المدة فهو مخير، إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ^(١).

٢- ومن الأعذار العائدة إلى المؤجر أن يفلس المؤجر وتلزمه ديون لا يقدر على سدادها إلا بضمن ما أجر، والحال أن ليس له مال سواه، ففي هذه الحال ينفسخ العقد، ويباع العقار في الديون بقضاء القاضي^(٢).

٣- وأما الأعذار العائدة إلى المستأجر فكثيرة، فمنها ما لو استأجر من يقلع ضرسه فسكن الوجع، أو سقط الضرس، أو استأجر طبّاحاً لوليمة عرس فماتت العروس، أو فسخ النكاح، أو استأجر مرضعة لطفل فمات، أو استأجر دكاناً في السوق ليتّجر به، فذهب ماله وقام من السوق، أو استأجره لعمل الخياطة فتركه لعمل آخر، أي غير حرفته أو نشاطه التجاري أو الصناعي^(٣). أو استأجر داراً ثم سافر^(٤)، أو استأجر عاملاً ليعلمه في المصر ثم سافر، وغير ذلك.

وفي جميع المواضع المتقدمة نجد أن العلماء علّلوا فسخ الإجارة برفع الضرر والمشقة وذلك لأن إبقاء العقد يترتب عليه مثل ذلك، سواء كان بالمستأجر أو المؤجر. وقد حدّوا العذر

(١) بدائع الصنائع ٢٠٠/٤.

(٢) المصدر السابق ٢٠٠/٤.

(٣) الهداية ١٨٣/٣، والدّر المختار بحاشية ردّ المختار ٨١/٦.

(٤) المصدران السابقان.

المبيح للفسخ، بأنه (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمّل ضرر زائد لم يستحقّ بالعقد)^(١)، وفي معناه قولهم: (كل عقد لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ)^(٢).

وعلى هذا فهي حالات مستثناة من حكم نظائرها، للضرورة، المتمثلة بالضرر، أو العجز عن المضي بموجب العقد.

ونظراً لكثرة النوازل المعاصرة في هذا الشأن فإن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بحث هذا الموضوع، أي الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، في دورته الخامسة المنعقدة سنة ١٤٠٢هـ. فاتخذ بشأنها قراره السابع. ونذكر فيما يأتي هذا القرار، على طوله، نظراً لتضمّنه طائفة من الأحكام الهامة المتعلقة بالموضوع.



(١) الهداية ٣/١٨٣.

(٢) ردّ المختار ٦/١٨١.

القرار السابع

بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده،
سيدنا ونبينا محمد. أما بعد:

فقد عُرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود، ذات التنفيذ المتراخي، في مختلف الموضوعات، من تبدل مفاجئ، في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير، في ميزان التعادل، الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما، فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمّى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة.

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها، من واقع أحوال التعامل وأشكاله، توجب التفكير في حلّ فقهي مناسب عادل، يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة، فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية:

- ١- لو أن عقد مقاوله على إنشاء بناية كبيرة، يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة، تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته، بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وإسمنت وأخشاب وسواها، وأجور عمال،

تبلغ عند العقد - للمتر الواحد - ثمانين ديناراً، ف وقعت حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ، قطعت الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

٢- لو أن متعهداً، في عقد توريد أرزاق عينية يومية، من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى، أو إلى جامعة، فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام، فحدثت جائحة في البلاد، أو طوفان، أو فيضان، أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة، عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجب به فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال، التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر، الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومة في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى، والمستشفيات العظيمة أو الجامعات، وكذا المقاولات، التي تعقد مع مؤسسات، أو شركات كبرى، لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد؟

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره، قبل

تبدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة المشار إليها، مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، تمسكًا بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج، من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة، يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع، من فقه المذاهب، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة، مما يستأنس به، ويمكن أن يوصى بالحكم القياسي، والاجتهاد الواجب فقهاً، في هذا الشأن، كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:

١- أن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة، التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والظوفان ونحو ذلك، بل الحنفية رحمهم الله يسوّغون فسخ الإجارة أيضاً بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية، فيمكن القول: إنه محل اتفاق، وذكر ابن رشد في بداية المجتهد (ج ٢ ص: ١٩٢ من طبعة الخانجي الأولى بالمطبعة الجمالية بمصر) تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنه: (عند مالك أن أرض المطر (أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط) إذا أكرت فمنع القحط من زراعتها، أو إذا زرعها المكثري فلم ينبت الزرع لمكان القحط (أي بسببه) أن الكراء ينفسخ،

وكذلك إذا استعذرت بالمطر، حتى انقضى زمن الزراعة، فلم يتمكن المكثري من زرعها) انتهى كلام ابن رشد.

٢- وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير ج ٦ ص / ٣٠) أنه: (إذا حدث خوف عام، يمنع من سكنى ذلك المكان، الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد، فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، أو نحو ذلك: فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة، فأما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده، لقرب أعدائه لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به، لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبه مرضه.

٣- وقد نص الإمام النووي رحمته الله في روضة الطالبين (ج ٥ ص: ٢٣٩)، أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت إجارة عين أم ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم، أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو استأجر حماماً فتعذر الوقود، قال النووي: وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض، وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في المعقود عليه. اهـ.

٤- ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح، التي تجتاح الثمار

المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة، كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك، مما هو عام، حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن، وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.

٥- وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله في مختصر الفتاوى ص/ ٣٧٦ من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة المعروفة، لقلة الزبون، أو لخوف، أو حرب، أو تحول سلطان ونحوه فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.

٦- وقال ابن قدامة أيضًا في الصفحة (٢٩) من الجزء السابق الذكر نفسه (ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه، لخوف حادث، أو اكترى إلى مكة، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز).

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج ٤ ص/ ١٩٧) (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وأن إنكار الفسخ عند تحقق العذر، خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره، فاستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الوجود يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً).

هذا، وقد ذكر فقهاء المذاهب، في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

٧- قضى رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها، ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة، وإن عمّت الثمر كله تسقط الثمن كله.

٨- قال رسول الله ﷺ فيما ثبت عنه: «لا ضرر ولا ضرار» وقد اتخذ فقهاء المذاهب من قوله هذا قاعدة فقهية، اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرّعوا عليها أحكاماً لا تحصى، في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي، يكون ملزماً لعاقديه قضاء، عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع، في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع، أن المشقة التي لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف، ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في

كل تكليف بحسبه، أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد، فإن المشقة المرهقة عندئذ بالسبب الطارئ الاستثنائي، توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها. وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمته الله في كتابه: (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة، لا تأثير لها على العقود؛ لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً، بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفه الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً.

ويقول ابن القيم رحمته الله في كتابه: (إعلام الموقعين):

(إن الله أرسل رسله، وأنزل كتبه، بالعدل الذي قامت به السموات والأرض، وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها، فليس من شرع الله في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العدل وأسفر وجهه فثم شرع الله وأمره). اهـ. (إعلام الموقعين). وقصد العقادين، إنما تكشف عنه وتحلّده ظروف العقد، وهذا القصد لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد، مهما كانت النتائج، فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة (أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة

أنفًا في العقود المتراخية التنفيذ؛ لأجل إيجاد الحلّ العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة، التي تنير طريق الحل الفقهي السديد، في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي:

١- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تمّ فيها التعاقد تبدلاً غيّر الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء على الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة، التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما، دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقلين، بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق.

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وآله وصحبه.



سابعًا: الأصل أنه لا يجوز تغيير الهيئة التي خلق الله الإنسان عليها، فالله سبحانه قال: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤]، وقال: ﴿وَصَوَّرَكُمُ فَأَحْسَنَ صُورَكُمْ﴾ [غافر: ٦٤]، وتوعد من يغيّر هذه الهيئة، وعدّها من أعمال إبليس التي يضل بها العباد، وقال تعالى عن إبليس: ﴿وَقَالَ لَا تَخْذَنْ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [١١٨] وَلَا ضِلَّيْنَهُمْ وَلَا تَمِينَهُمْ وَلَا مَرْئِيَهُمْ فَلْيَغْرِرْ خَلْقَ اللَّهِ﴾ [النساء: ١١٨-١١٩]. وورد عن النبي ﷺ ما يؤيد هذا المعنى، إذ لعن الواشمات، والمستوشمات، والمتممّصات، والمتفلّجات للحسن المغيّرات خلق الله. ومثل ذلك لعنه الواصلات، والمستوصلات^(١).

(١) عن عبدالله بن مسعود إنّ النبي ﷺ قال: «لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنمصات والمتفلّجات للحسن المغيّرات خلق الله» حديث صحيح أخرجه البخاري ومسلم والأربعة من أصحاب السنن، وأحمد بن حنبل في مسنده (انظر: الجامع الصغير ١٢٤/٢، وصحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣٢٧/١٠).

وأخرج البخاري عن نافع عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: لعن النبي ﷺ الواصلة، والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة) انظر: صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣٧٨/١٠ كتاب اللباس.

الواشمات: جمع واشمة والوشم بفتح وسكون أن يغرز في العضو إبرة أو نحوها حتى يسيل الدّم، ثم يُخشى بنورة أو غيرها فيخضر. ويمكن عمله في أي جزء في الجسم، وقد يكتب به اسم المحبوب.

المستوشمات: جمع مستوشمة، وهي التي تطلب الوشم. وقيل إن الواشمة =

هذا هو الأصل، أو القاعدة في هذا الشأن. غير أن بعض الناس تجئ صورتهم شاذة، وفيها شيء من التشوّه الخلقي، سواء كان تشوّهًا أصليًا، بأن ولد على تلك الكيفية، أو تشوّهًا طارئًا، لسبب من الأسباب، مما يلحق بصاحبه حرجًا ومشقة شديدة، يعاني منه نفسيًا، وقد يتسبّب له بأضرار واقعية. ولهذا فإننا نرى أن أكثر العلماء مالوا إلى جواز إجراء الجراحات التجميلية التي تدعو إليها الضرورة أو الحاجة، استثناء من هذا الأصل، فعلى هذا يكون تجويزها من نوع استحسان الضرورة. ولهذه التشوّهات أمثلة كثيرة، سواء كانت أصلية أو طارئة، ومن أمثلتها:

١- التشوّهات الأصلية التي ولد الإنسان وهو متصف بها، ومنها:

أ- الشقّ في الشفة العليا، المعروف بالشفة الأرنبية.

ب- التصاق أصابع اليدين والرجلين.

ج- اختلال الأسنان وعدم انتظامها.

= هي التي تفعل الوشم، والمستوشمة هي التي تطلب من الواشمة أن تفعل ذلك بجسمها.

المتنصّات: جمع متنصّة، وهي التي تطلب النماص. والنامصة التي تفعله، والنماص إزالة شعر الوجه بالمنقاش، وسمى المنقاش نماصًا.

المتفلّجات: جمع متفلّجة وهي التي تطلب الفلج، أو تصنعه، والفلج انفراج ما بين الشنيتين، والتفلج أن يفرج بين المتلاصقين بالمبرد أو نحوه.

انظر: فتح الباري ١٠/٣٧٣-٣٧٧.

- د- زيادة، بعض الأعضاء، أو نقصها، أو كبرها أو صغرها، في صورة تخرج عن الخلقة المعهودة، كزيادة في الأصابع، أو نقص فيها، أو ضخامة في الأثناء، أو صغر فاحش فيها.
- ٢- التشوهات الطارئة على الإنسان بسبب خارجي، كمرض أو حرق، أو اعتداء، أو حادث أو غير ذلك، ومنها:
- أ- كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب الحوادث المتنوعة.
- ب- التصاق أصابع اليدين أو الرجلين بسبب الحريق.
- ج- تضرر الجلد بسبب الآلات القاطعة أو الحريق.
- د- زوال الشعر بسبب التساقط المستمر، ولا سيما النساء^(١).

ثامناً: إن القياس أو القاعدة العامة في التعاقد بين طرفين هو اتحاد المجلس، فيما عدا الوصية والإيصاء والوكالة، وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالة بين الإيجاب والقبول، بحسب العرف. وعلى هذا فإن تعاقد من هم في مكانين متباعدين، لا يحقق اتحاد المجلس، ويعدّ مخالفاً للقاعدة. لكن استثنى ذلك

(١) انظر في ذلك: رسالة الدكتوراه (الحاجة وأثرها في الأحكام - دراسة نظرية تطبيقية للشيخ أحمد بن عبد الرحمن الرشيد ص ٦٥٧-٦٦٠.

بقرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بتجوز إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة. وقياسها على الكتابة أو الرسالة أو السفارة أي الرسول. واعتبار العقد منعقدًا عند وصول الإيجاب إلى الموجّه إليه وقبوله.

وكان ذلك بالقرار رقم ٥٢ المتخذ في الدورة السادسة المنعقدة في جدة من ١٧-٢٣ شعبان سنة ١٤١٠هـ - ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) سنة ١٩٩٠م ومما جاء فيه:

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)؛ ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجّه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإنّ التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، ونطبق على هذا الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثاً: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء.

رابعاً: إنّ القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد

فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامساً: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات). والله أعلم.

تاسعاً: ومما يمكن أن يُعد من قبيل الاستحسان بالقياس الخفي، التداوي بالنجس عن طريق الأدهان الخارجي. إذ من المعروف في البلدان الغربية دخول شحم الخنزير في تركيب بعض المراهم والكريمات ومواد التجميل، وأنه يستعمل في بعضها، بعد استحالته إلى مركّب جديد وانقلاب عينه وتغيّر اسمه، وتركيبه الكيميائي، وخواصه الفيزيائية، كما يستعمل في بعضها الآخر بدون أن تتحقق فيه تلك الاستحالة. وقد يكون هذا الاستعمال لأغراض علاجية. وربما لا يكون كذلك^(١).

ففي القياس الظاهر أو الجلي تحريم ذلك، قياساً على التضمّن بالنجاسة، المحرم عند العلماء. قال إمام الحرمين (٤٧٨هـ)^(٢): (ذهب طوائف من الفقهاء إلى أنه يحرم على الإنسان

(١) المواد المحرّمة والنجسة في الغذاء والدواء بين النظرية والتطبيق ص ٧٢ للدكتور نزيه حمّاد.

(٢) هو: أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني النيسابوري الشافعي الأشعري الملقب بضيء الدين المعروف بإمام الحرمين. من الفقهاء والمتكلمين والأصوليين والمفسرين والأدباء. قرأ الفقه على والده والأصول على أبي القاسم الإسكافي. وتزوّد بأنواع العلوم من مشايخ عصره. قدّم للتدريس وهو دون العشرين، وناظر المبتدعة، وظهرت فطنته وشاع ذكره =

التضمخ بالنجاسات من غير حاجة ماسة، والشافعي (٢٠٤هـ) نصّ على هذا في الكثير، وردّد في مواضع من كتبه تحريم لبس جلد الميتة قبل الدباغ، وحرم على المرء أن يلبس جلود الكلاب والخنازير^(١).

لكنّ هناك قياساً خفياً، غير متبادر، يجيز مثل ذلك. هو قياس ذلك على استنحاء الإنسان بيده، وإزالته النجاسة بها^(٢). كما يقاس على جواز لبس الحرير للمحاجة^(٣) وبناء على ذلك أجازوا الادهان بالنجاسات، استثناء من القاعدة أو الأصل، لهذا القياس الخفي، أو للمحاجة كما رأى ذلك بعضهم.

وممن جوّز ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاواه^(٤). وقد تختلف وجهات النظر في تخريج جواز ذلك. فمنهم من جوّز ذلك

= منذ وقت مبكر. تنقل في البلدان وكان آخر مطافه في نيسابور حيث توفي فيها سنة ٤٧٨هـ.

من مؤلفاته: البرهان في أصول الفقه، والورقات في أصول الفقه، ونهاية المطلب في دراية المذهب، والشامل في أصول الدين، والغياثي، والإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد.

راجع في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى ٢٤٩/٣، طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٧٤، شذرات الذهب ٣٥٨/٣، هدية العارفين ١/٦٢٦، معجم المؤلفين ١٨٤/٦، «والفتح المبين» ١/٢٦٠.

(١) البرهان ٩٣٩/٢ (فقرة ٩١٨).

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤/٢٧٠.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

للحاجة، ومنهم من بنى ذلك على الاستحالة وانقلاب عين النجاسة إلى الطهارة. وفي الحالة الأخيرة، لا يكون هذا الجواز مبنياً على الاستحسان؛ لأن الجواز ليس استثناء من قاعدة التحريم، وإنما هو لكون العين أصبحت طاهرة يجوز استخدامها والانتفاع بها شرعاً، وقد جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت (مايو ١٩٩٥م) إنَّ المراهم والكريمات ومواد التجميل التي يدخل في تركيبها شحم الخنزير لا يجوز استعمالها إلا إذا تحققت فيها استحالة الشحم وانقلاب عينه، أما إذا لم يتحقق ذلك فهي نجسة، ولا يجوز استعمالها شرعاً، أي في حالة السعة والاختيار^(١). ومعنى ذلك جوازها في غير هذه الحالة، وهي حالة استثنائية كما ذكرنا.

عاشراً: إنَّ الأصل المقرر شرعاً حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية، لنصوص الكتاب والسنة وإجماع المسلمين على ذلك^(٢). وقد استثنى من ذلك النظر إليها بقصد التداوي. للضرورة أو الحاجة المنزلة منزلتها، وعلى هذا فإنَّ هذا التجويز المستثنى من الأصل المذكور هو نوع استحسان بالضرورة؛ لأن النظر بقصد المداوة هو جزئية مستثناة من حكم نظائرها.

(١) المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء، للدكتور نزيه حماد ص ٧٣.

(٢) انظر في ذلك: النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، لابن القطان ص ٨٧ وما بعدها، وأحكام النظر لابن قيم الجوزية ص ٧١ وما بعدها.

غير أن الشيخ محمد أبو زهرة (ت ١٩٧٤م)^(١) رأي أن ذلك فيه تعارض بين قياسين أحدهما ما قرّره القواعد من كون المرأة عورة؛ لأن النظر إليها يؤدي إلى الفتنة، والوصف الثاني: ما عساه أن يؤدي إلى المشقة في بعض الأحوال، كحال العلاج، فأعملت علّة التيسير في هذا الموضوع^(٢). ومهما يكن من أمر فإن ما ذكر يمثل أكثر من وجه، وكل ذلك صحيح إذ يمكن اعتبار ذلك من استحسان القياس، كما يرى الشيخ أبو زهرة (ت ١٩٧٤م) رحمته الله، كما يمكن اعتباره من النوع الثاني من الاستحسان الذي هو استثناء جزئية من حكم نظائرها ووجه الاستحسان هو الضرورة أو الحاجة.

وهذا الأمر محتاج إلى تطبيقه في هذا العصر، عند الحاجة إلى إجراء عمليات جراحية، أو توليد، أو مداواة، أو غير ذلك من إجراء الفحوصات وأخذ العينات، مما له علاقة بسلامة

(١) هو الشيخ محمد بن أحمد أبو زهرة من علماء الأزهر البارزين، ولد بمدينة المحلة الكبرى، وتربى بالجامع الأحمدى، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي. تولى التدريس في الأزهر، وفي كلية الحقوق في جامعة القاهرة، وكان له إسهام كبير في مجال الفقه والأصول والمذاهب الإسلامية. ألّف أكثر من أربعين كتابًا في الفقه والأصول، وتاريخ التشريع وغيرها. توفي بالقاهرة سنة ١٩٧٤م.

راجع في ترجمته: الأعلام ٢٥/٦.

(٢) أصول الفقه ص ٢٦٥، وانظر الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور مصلح النجار ص ٢٧٠، وانظر، أيضًا، طائفة من الآراء وما ذكر من شروط في هذا الشأن في كتاب: الاضطرار إلى الأطعمة والأدوية المحرّمة للدكتور عبدالله بن محمد الطريقي ص ١١٦ وما بعدها.

المريض، وحفظ حياته، أو أحد أعضائه. ويستثنى من ذلك العمليات المتعلقة بالتجميل وتحسين الخلقة، أو شد التجاعيد، أو تصغير أحد الأعضاء، أو تكبيره، أو ماشا به ذلك؛ لأن هذه الأمور لا تجيز الاطلاع على العورة بحال. إذ إن ذلك التجويز إنما كان ضرورة لأمور تتعلق بسلامة المريض، أو أحد أعضائه، وبشروط خاصة.

وقد اتخذ مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة الأمم الإسلامية في مؤتمره الثامن المنعقد في بروناي - دار السلام من ٧-١ من المحرم سنة ١٤١٤هـ، الموافق ٢١-٢٧ يونيو سنة ١٩٩٣م القرار رقم (٨١) بهذا الشأن، والذي جاء فيه: (بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مداواة الرجل للمرأة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله قرّر ما يلي:

الأصل أنه إذا توافرت طبية متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة، وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طبيبة غير مسلمة ثقة، فإن لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم، وإن لم يتوافر طبيب مسلم يمكن أن يقوم مقامه طبيب غير مسلم. على أن يطلع من جسم المرأة على قدر الحاجة في تشخيص المرض ومداواته، وألا يزيد في ذلك، وأن يغض الطرف قدر استطاعته، وأن تتم معالجة الطبيب للمرأة هذه بحضور محرم أو زوج، أو امرأة ثقة خشية الخلوة.

ويوصي بما يلي:

أن تولي السلطات الصحية جلّ جهدها لتشجيع النساء على الانخراط في مجال العلوم الطبيّة، والتخصّص في كل فروعها، وخاصّة أمراض النساء والتوليد، نظراً لندرة النساء في هذه التخصّصات الطبيّة، حتى لا تضطر إلى قاعدة الاستثناء. والله الموفق.

تلك طائفة من الاستحسانات التي يمكن إجراؤها في هذا العصر. ونكتفي بما ذكرناه منها؛ لأنه ليس من المقصود استقصاء ذلك، بل توضيح المسألة، وبيانها.

ونختم هذا المبحث، بأن نذكر أنه ممّا يدخل في المجال المذكور كلّ توسيع لنطاق الاستحسانات السابقة بالقياس عليها، وبجدة بعض صورها وأمثلتها.

ونذكر فيما يأتي بعض الأمثلة للاستحسان، ممّا ورد في كلام الفقهاء المتقدّمين ممّا يمكن أن تقاس عليه كثير من الصور الجديدة، أو يوسّع نطاقها بما جرى عليه العرف، وما اعتاده الناس.

١- الشرب من فم السّقاء بأجر محدّد وثابت لكلّ شخص. فقد علّلوا لتجويزه بأنه استحسان، لكونه مخالفاً للقياس في البيع، فلا يعلم مقدار ما يشربه الشخص. فمنهم من يشرب نصف لتر، مثلاً، ومنهم من يشرب أقلّ من ذلك، ومنهم من يشرب أكثر. وتجوز

ذلك كله بأجر واحد مخالف للقياس، لجهالة في المبيع^(١).

ويمكن أن يقاس على ذلك في عصرنا الحاضر، ما يجري في بعض المطاعم، مما يسمّى اخدم نفسك فإنّ الجميع يأكلون بسعر واحد، وهم يختلفون فيما يختارونه من أنواع، وفي الكميات التي يأكلونها، فهو بيع لمجهول، ولكن جرت العادة بتجويزه، وبه جرى عرف الناس. فهو مستثنى من الأحكام التي يقتضيها عقد البيع، فينطبق عليه معنى الاستحسان.

٢- دخول الحمامات بأجر محدّد^(٢). وهو مثل ما تقدم، لأنه لا يعرف قدر ما يقعد في الحمام، ولا قدر ما يستهلكه من الماء^(٣). وقد أجازوه مع مخالفته للقياس؛ لأن دخول الحمام إجارة، ولا بدّ فيها من بيان المدة، وتعيين مقدار ما يستهلكه من الماء، ولكن تسوّهل في ذلك لحاجة الناس إلى ذلك، وتعارفهم على فعله^(٤).

ويمكن أن يلحق به من المعاملات المعاصرة الاشتراك في النوادي الرياضية، والثقافية، والاجتماعية. فمن المشتركين من يحضر إلى النادي دون انقطاع، ومنهم من يحضره في بعض الأوقات، وفي النوادي الرياضية، مثلاً، ملاعب ومسابح فمنهم

(١) تبين الحقائق ٤/١٢٣.

(٢) الفصول في الأصول ٤/٢٤٨، وتبين الحقائق ٤/١٢٣.

(٣) المصدر السابق، وتعليل الأحكام لمحمد مصطفى شلي ص ٣٥٢.

(٤) المصدران السابقان.

من يستخدمها باستمرار، ومنهم من لا يفعل ذلك، مع أن بدل الاشتراك واحد. فالجهالة متحققة في المنفعة المعقود عليها.

وكذلك دخول المتاحف والمسارح والأماكن الأثرية بأجر واحد محدد. فليس كل من يدخل إلى هذه الأماكن يشاهد جميع الموجودات، فبعضهم يفعل ذلك، وبعضهم لا يفعل، فكون الأجور واحدة، لكل واحد مخالف للقياس، وفيه جهالة بالمنافع التي سيحصل عليها الداخل لمثل هذه الأماكن، ولكن جرى العرف بجواز ذلك، فيستثنى من قياس ما تقتضيه العقود في سائر الجزئيات، فهو استحسان بالعرف.

٣- بيع المعاطاة، فقد صحّحوه، وعدّوا جوازه من باب الاستحسان؛ لأنه مخالف للقياس؛ لأنه يفتقد إلى ركن في عقد البيع، وهو الإيجاب والقبول. وقد أجازوه اتباعاً لعادات الناس وعرفهم^(١)، في بعض الأمور اليسيرة، وفي هذا العصر يمكن دخول بيع الصحف والمجلات، والبضائع والسلع التي كتبت أسعارها عليها، فيما هو معلوم السعر كالحليب، واللبن، والزبادي، وما شابه ذلك.

٤- الاحتجام بأجرة، مع جهالة ما يؤخذ من الدم^(٢). ومثل ذلك الحلاقة ذات الأجر الواحد، فإنّها تجوز مع جهالة ما يؤخذ

(١) المنخول للغزالي ص ٣٧٦. وقد نسب ذلك إلى الإمام أبي الحسن الكرخي من علماء الحنفية.

(٢) تبين الحقائق ٤/ ١٢٣.

من الشعر، وتنوع طرق الناس في حلق شعورهم. ومثل ذلك ما تفعله النساء في محلات الحلاقات (الكوافيرات)، من تجفيف الشعر أو تجميده، أو حلاقته، أو صبغه، مع اختلاف النساء في ذلك من حيث اختلاف الشعر، جفافاً، ونعومة، وخشونة، ونوع الحلاقة، فإن كلّ ذلك قبل مباشرة الحلاقة مجهول، فجعله بأجر واحد محدّد مخالف للقياس، ولكن جرى العرف بتجويزه والتساهل فيه، استثناء.

وأمثال ذلك، أي ما يلحق باستحسانات سابقة، كثير. والله أعلم.



الخاتمة

١- تبين لنا مما تقدّم حقيقة الاستحسان، وأنه عبارة عن استثناء من عموم القاعدة أو الدليل لسبب من الأسباب، واعتمدنا أنه ليس دليلاً قائماً بنفسه، وإنما هو مفهوم عام يطلق على استثناء بعض الجزئيات من حكم الدليل العام، لدليل خاص، وأن هذه الجزئيات لو لم تستثن من حكم الدليل، لأدى الأمر إلى وقوع المشقة والخرج المنفيين بأدلة الشارع، كما يطلق على ترجيح قياس على قياس، عند التعارض، للسبب المذكور، ولهذا نجد أن الحنفية الذين يرون أن من أنواع الاستحسان الاستحسان بترجيح القياس الخفي على الظاهر، أقول نجد أنهم في مواضع متعدّدة، كما سبق أن ذكرنا ذلك في البحث، أخذوا بالقياس الظاهر الجلي، ولم يأخذوا بالقياس الخفي. وعند نظرنا وتأملنا لهذه الجزئيات، التي لم يأخذوا فيها بالاستحسان، وجدنا أن القياس الظاهر كان أخفّ وأسهل من القياس الخفي. ولهذا فإن الاستحسان له شكل ومضمون.

أما الشكل فهو الاستثناء وإخراج الجزئية من حكم نظائرها.

وأما المضمون فهو التيسير والتخفيف، وهو الذي جعل بعضهم، كما سبق أن ذكرنا ذلك في البحث، يعرف الاستحسان بأنه:

- * ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس. أو
 - * طلب السهولة في الأحكام، فيما يبتلى فيه الخاص والعام، أو
 - * الأخذ بالسماحة، وابتغاء ما فيه الراحة.
- مما يمثل أصلاً مقرراً في الشرع. قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

٢- وقد تبين لنا من استقراء الأمثلة المذكورة في جميع أنواع الاستحسان. من قياس خفي، أو نص شرعي من كتاب أو سنة، أو إجماع. أو ضرورة، أو عرف، أو مصلحة، أو تفاهة الشيء ونزارته، وما أشبه ذلك، أنها جميعاً مما تعتمد في حكمها على ملاحظة الضرورة أو الحاجة. التي تندفع بتلبيتها المشقة عن الناس، ويزول الحرج بها.

فالأدلة المذكورة التي يسميها الحنفية وجوه الاستحسان، هي كاشفة عن الضرورة، أو الحاجة، حتى في نصوص الشارع. فالذي يناقش في حجية الاستحسان ينبغي عليه أن يناقش في حجّة هذه الأدلة، فإذا كانت مقبولة، عنده، عمل بها، ولم يلتفت إلى كون ما ثبت بها استحساناً أولاً.

٣- إن هجوم علماء الشافعية، ومن معهم، وانتقاداتهم المبررة للاستحسان، كان هجوماً على أمر مجهول غير معلوم، أي قبل أن يوضح الحنفية ما يريدونه بالاستحسان، ولهذا فإننا نجد الكثيرين

منهم عدلوا عن هجومهم، وقالوا إن الاستحسان بالصورة المذكورة: ليس فيه خلاف، وإنما هو محل اتفاق.

٤- إن الاستحسان يُعد طريقاً ممهّداً لتحصيل أحكام كثير من الوقائع والنوازل المعاصرة، سواء كان بتطبيقه منهجاً للحصول على الأحكام، أو بتوسيع مجال ما استُحسن، وجعله شاملاً حتى للصور المعاصرة، فهو آلة للمجتهد يستعين بها على فتواه، وما يتوصل إليه من الأحكام. والله أعلم.



الفهارس

- ١- فهرس الآيات.
- ٢- فهرس الأحاديث.
- ٣- فهرس الأعلام المترجم لهم.
- ٤- فهرس المصادر والمراجع.
- ٥- فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات

سورة البقرة

- ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [البقرة: ١٧٣] ٨٧، ١٧٩
- ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٨٤] ٩٠
- ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] ٣٩، ٢١٠
- ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] ١٧١
- ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْوُسْعِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ٥٣
- ﴿مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ٥٣
- ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ٩١، ١٦١
- ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] ١٧٩

سورة النساء

- ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِيكُ بِهَا﴾ [النساء: ١٢] ٨٨
- ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا﴾ [النساء: ١١] ٨٨
- ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ١٧١
- ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] ١٣٦، ١٤٠
- ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ﴾ [النساء: ١٠١ و ١٠٢] ٨٧
- ﴿وَقَالَ لَا تَخْذَنْ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء: ١١٨ و ١١٩] ١٩٦

سورة المائدة

- ﴿يَتَّابِعُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ١٧٨ ، ١٩٢
- ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] ٨٧ ، ١٢٢
- ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ١١٤
- ﴿وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩] ١٣٣ ، ١٣٨

سورة التوبة

- ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] ٢٥
- ﴿لَيْسَ عَلَى الضَّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى﴾ [التوبة: ٩١] ٢٦

سورة الإسراء

- ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] ١٧١

سورة الحج

- ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ١٤٠ ، ١٧٩

سورة النور

- ﴿وَلَا يُبْدِيَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] ١٠٤
- ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ﴾ [النور: ٦١] ٢٥ ، ٢٦
- ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] ٦١

سورة القصص

- ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَكْفِكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ [القصص: ٢٧] ٨٩

سورة الزمر

- ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ [الزمر: ١٨] ١٤٣، ١٤٥، ١٥٠
- ﴿وَأَتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ﴾ [الزمر: ٥٥] ١٤٣، ١٥٠

سورة غافر

- ﴿وَصَوِّرَكُمْ فَاَحْسَنَ صُورَكُمْ﴾ [غافر: ٦٤] ١٩٦

سورة محمد

- ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] ١٢١

سورة الطلاق

- ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ٨٩
- ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ٥٣

سورة النازعات

- ﴿وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ﴾ [النازعات: ٤٠] ١٣٥

سورة التين

- ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤] ١٩٦



فهرس الأحاديث

الصفحة

الحديث

- آخروهنّ من حيث أخرهنّ الله ٩٥
- إذا بايعت فقل لا خلا به ٩٣
- إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إليها ١٠٤
- إذا قدم العشاء فابدؤا به ٩٦
- إنّ أشدّ الناس عذاباً يوم القيامة المصوِّرون ١٧٦
- إنّ رسول الله ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً ٩٨
- إنّ النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق ١٥٩
- إنّها من الطوافين ٨١
- إن كان بهما أذى فليمسحهما ٩٣
- أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ١٢١
- أيما إهابٍ دُبِغ فقد طهر ١٢٢
- تمّ على صومك فإنما أطعمك ٩٠
- كلّ مصوّر في النار ١٧٦
- لا تبع ما ليس عندك ٩١، ١٦١
- لا تبيعوا الذهب بالذهب ١١٧
- لا تجتمع أمتي على ضلالة ١٦٩
- لا تزوج المرأة المرأة ١٢١

- لا تتنفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب ١٢٢
- لا ضَرَرَ ولا ضِرَار ١٧٩ ، ١٩٢
- لو بَغَتَ من أخيك ثَمَرًا فأصابته جائحة ١٧٩
- ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن ١٤٧
- من أسلف فليسلف في كيل معلوم ٩١ ، ١٦٢
- من سرق فاقطعوه ١١٤
- نهى عن بيع وشرط ٩٢
- نهى عن بيع التمر بالتمر ٨٢
- نهى عن صفقة في صفقة ١١٠
- نهى عن المزابنة ١٥٨
- ولها مهرها بما أصاب منها ١٢١
- يَسْرًا ولا تُعَسَّرَا ٣٩



فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة

اسم العلم

- * الأسنوي: عبدالرحيم بن الحسن (أبو محمد جمال الدين (ت٧٧٢هـ) ٣٠٠
- * الأمدى: علي بن محمد (سيف الدين) (ت٦٣١هـ) ١٤
- * إياس: إياس بن معاوية القاضي (ت١٢٢هـ) ٤٧
- * أصبغ: أصبغ بن الفرّج بن سعيد (ت٢٢٥هـ) ٤٩
- * الإيجي: انظر: العضد ١٤٥
- * الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف (ت٤٧٤هـ) ١٤٥
- * البرزيني: القاضي يعقوب بن إبراهيم (ت٤٨٦هـ) ٥٣
- * البزدوي: أبو الحسن علي بن محمد (ت٤٨٢هـ) ٣٢
- * البصري: أبو الحسين محمد بن علي (ت٤٣٦هـ) ٢٩
- * البضاوي: أبو سعيد عبدالله بن عمر (ت٦٨٥هـ) ١٧
- * التفتازاني: مسعود بن عمر (ت٧٩٢هـ) ٢١
- * ابن تيمية: أبو العباس أحمد بن عبدالحليم (ت٧٢٨هـ) ٢٠
- * الثلجي: أبو عبدالله محمد بن شجاع (ت٢٦٦هـ) ٨٢
- * جابر: الصحابي جابر بن عبدالله الخزرجي الأنصاري (ت٧٨هـ) ١٨٠
- * الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي (ت٣٧٠هـ) ٥٢
- * الجويني: عبدالملك بن عبدالله (إمام الحرمين) (ت٤٧٨هـ) ٢٠٠
- * ابن الحاجب: أبو عمرو عثمان بن عمر (ت٦٤٦هـ) ١٥
- * حَبّان: انظر: ابن منقذ ١٥

- * ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي الظاهري (ت ٤٥٦هـ) ١٣٤
- * ابن حنبل: أبو عبدالله أحمد بن محمد الشيباني (ت ٢٤١هـ) ٥١.....
- * أبو حنيفة: النعمان بن ثابت الكوفي (ت ١٥٠هـ) ١١٠.....
- * ابن الخشاب: أبو محمد عبدالله بن أحمد البغدادي (ت ٥٦٧هـ) ١٩.....
- * ابن الخطّاب: أبو حفص عمر بن الخطّاب (ال خليفة الراشد) (ت ٢٣هـ) ٤٣...
- * ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـ) ٣٥.....
- * زفر: انظر: العنبري ٢٠٣.....
- * أبو زهرة: الشيخ محمد أحمد (ت ١٩٧٤م) ٢٠٣.....
- * زيد: الصحابي زيد بن ثابت (ت ٤٥هـ) ٤٤.....
- * الزيلعي: أبو محمد عثمان بن علي (ت ٧٤٣هـ) ١١٨.....
- * ابن السبكي: أبو نصر عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي (ت ٧٧١هـ) ٥٦....
- * السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد (ت ٤٩٠هـ) ٣٣.....
- * ابن سيرين: أبو بكر محمد البصري (ت ١١٠هـ) ٤٥.....
- * الشاطبي: إبراهيم بن موسى الغرناطي (ت ٧٩٠هـ) ٢٨.....
- * الشافعي: محمد بن إدريس (الإمام) (ت ٢٠٤هـ) ١١١.....
- * الشيباني: أبو عبدالله محمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ) ٤٨.....
- * صدر الشريعة: عبيدالله بن مسعود المحبوبي البخاري (ت ٧٤٧هـ) ٣٣....
- * الطوفي: أبو الربيع سليمان بن عبدالقوي (ت ٧١٦هـ) ١٨.....
- * ابن عابدين: محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ) ١٢٤.....
- * ابن عباس: الصحابي عبدالله بن عباس (ت ٦٨هـ) ٩٦.....
- * ابن عبدالسلام: أبو عبدالله محمد بن عبدالسلام الهواري
- التونسي (ت ٧٤٩هـ) ١٢٠.....

- * ابن عرفة؛ عبدالله بن محمد الورغمي (ت ٨٠٣هـ) ١٨١
- * ابن عروة: علي بن حسن الدمشقي (ت ٨٣٧هـ) ١٩
- * ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبدالله المالكي المعافري
- الأندلسي (ت ٥٤٣هـ) ٣٩
- * العضد: عبدالرحمن بن أحمد الشيرازي الإيجي الشافعي (ت ٧٥٦هـ) ١٦٠
- * العنبري: انظر ابن الهذيل ١٥
- * الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت ٥٠٥هـ) ١٥
- * ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني
- الرازي (ت ٣٩٥هـ) ١٣
- * ابن القاسم: أبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم (ت ١٩١هـ) ٥٠
- * القيّاب: أبو العباس أحمد بن قاسم الفاسي (ت ٧٧٩هـ) ١٢٠
- * ابن قدامة: محمد بن عبدالله المقدسي (ت ٦٢٠هـ) ١٦٠
- * ابن القيم: أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي (ت ٧٥١هـ) ١٦٣
- * الكرخي: أبو الحسن عبيدالله بن الحسن الحنفي (ت ٣٤٠هـ) ٢٢
- * لبيبتر: العالم الألماني الرياضي (ت ١٧١٦م) ٦
- * مالك: أبو عبدالله مالك بن أنس (الإمام) (ت ١٧٩هـ) ٥٩
- * الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري (ت ٤٥٠هـ) ١٤٤
- * ابن مسعود: الصحابي: عبدالله بن مسعود بن غافل الهذلي (ت ٣٢هـ) ١٤٧
- * المطيعي: الشيخ محمد بن بخيت (ت ١٣٥٤هـ) ١٧٦
- * ابن منقذ: حبان ٩٢
- * ابن المنذر: أبو بكر محمد بن إبراهيم (ت ٣٠٩هـ) ١٦٢
- * الميموني: عبدالملك بن عبدالحميد بن مهران (ت ٢٧٤هـ) ٥١

- * النسائي: بكر بن محمد ٥٢
- * النسفي: أبو حفص نجم الدين عمر بن محمد (ت ٥٣٧هـ) ٧٩
- * ابن الهذيل: أبو الهذيل زقر بن الهذيل العنبري الحنفي (ت ١٥٨هـ) ٧٢
- * ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي السكندري (ت ٨٦١هـ) ٦٦
- * أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (القاضي) (ت ١٨٢هـ) ٤٩



فهرس المصادر والمراجع

الأخسكئئ: حسام الدين محمد بن محمد بن عمر (ت٦٤٤هـ)

- الحسامي: مطبعة مير محمد - كراجي

الإسمندي: محمد بن عبد الحميد (ت٥٥٢هـ)

- بذل النظر في الأصول - تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البرّ/

نشر مكتبة دار التراث/ مصر/ القاهرة/ سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

الأسنوي: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (ت٧٧٢هـ).

- نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول/ مطبعة محمد علي

صبيح/ مصر/ مع شرح البدخشي/ سنه ١٣٤٢ - ومطبعة السعادة

١٩٣٣م

الأمدي: أبو الحسن سيف الدين علي بن محمد (ت٦٣١هـ)

- الإحكام في أصول الأحكام - تعليق الشيخ عبدالرزاق

عفيئي/ نشر مؤسسة النور/ الرياض/ سنة ١٣٨٦هـ

الأمير: محمد الأمير الكبير (ت١٢٣٢هـ)

- انظر: السناوي

الأنصاري: زكريا بن محمد (ت٩٢٦هـ)

- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة/ تحقيق الدكتور مازن

المبارك/ نشر دار الفكر المعاصر/ بيروت/ سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م

الأنصاري: أبو العياش عبد العليم محمد بن محمد اللكنوي (نبغ في حدود سنة ١١٨٠هـ).

- فواتح الرحموت/ المطبعة الأميرية/ بولاق/ مصر/ سنة ١٣٢٢هـ

للجزء الأول، سنة ١٣٢٤هـ للجزء الثاني (مطبوع مع المستصفى للغزالي).

البابرتي: أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود الحنفي (ت ٧٨٦هـ)

- العناية (انظر: ابن الهمام - فتح القدير)

الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي (ت ٤٧٤هـ)

- المنتقى - شرح موطأ مالك - مطبعة السعادة/مصر/ سنة ١٣٣٥هـ

- إحكام الفصول في أحكام الأصول - تحقيق عبدالمجيد تركي/نشر دار الغرب.

الباحسين: الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب.

- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية/نشر مكتبة الرشد/الرياض/
ط ٣/ سنة ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

- قاعدة العادة محكمة/نشر مكتبة الرشد/الرياض/ ط ١/ سنة
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

البخاري: علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد الحنفي (ت ٧٣٠هـ)

- كشف الأسرار (شرح أصول البزدوي) مطبعة مكتب الصنائع
سنة ١٣٠٧هـ.

بركات: الدكتور محمد خليفة.

- تحليل الشخصية/ دار مصر للطباعة/ سنة ١٩٥١م.

أبو البركات: مجد الدين عبدالسلام بن عبدالله بن تيمية الحرّاني (ت ٦٥٣هـ).

- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (مع
النكت والفوائد) (السنينة) على مشكل المحرر لمجد الدين ابن
تيمية لابن مفلح

نشر مكتبة المعارف/الرياض/ط٢/سنة ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

البزدوي: علي بن محمد (ت ٤٨٢هـ)

- كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البزدوي) مطبعة مير محمد/كراچي.

ويشرح كشف الأسرار. انظر: البخاري: كشف الأسرار.

البصري: أبو الحسين محمد بن علي ابن الطيّب المعتزلي (ت ٤٣٦هـ).

- المعتمد في أصول الفقه/نشر المعهد العلمي الفرنسي/دمشق/سنة ١٩٦٤م.

البغدادي: اسماعيل باشا بن محمد أمين (ت ١٣٢٩هـ).

- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين/طبع المكتبة الإسلامية/طهران/ط٣/سنة ١٣٨٧هـ، أوفست عن طبعة المعارف/استانبول/سنة ١٩٥١م.

البوطي: الدكتور محمد سعيد رمضان.

- ضوابط المصلحة/مطبعة العلم/دمشق/سنة ١٩٦٧م.

البيضاوي: القاضي عبدالله بن عمر (ت ٦٨٥هـ).

- منهاج الوصول إلى علم الأصول.

انظر: الأسنوي: نهاية السؤل

التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر (ت ٧٩٢هـ).

- التلويح في كشف حقائق التنقيح/مطبعة دار الكتب العربية/

مصر/سنة ١٣٢٧هـ ومطبعة دار العهد الجديد للطباعة/مصر/

وطبعة محمد علي صبيح

- التلويح - ضبط عميرات

ابن تيمية: أحمد بن عبدالحليم الحرّاني (ت ٧٢٨هـ).

- قاعدة في الاستحسان/ تعليق محمد عزيز شمس/ نشر دار عالم
الفوائد/ مكة المكرمة/ سنة ١٤١٩هـ.

الثنيان: الدكتور سليمان بن إبراهيم.

- الجوائح وأحكامها/ نشر دار عالم الكتب/ الرياض/ ط ١/ سنة
١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

الجرجاني: السيد الشريف علي بن محمد (ت ٨١٦هـ).

- التعريفات/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ مصر/ سنة ١٩٣٨م

ابن جزئي: أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي (ت ٧٤١هـ).

- القوانين الفقهية/ طبع لبنان/ دون معلومات أخرى

الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي (ت ٣٧٠هـ).

- أحكام القرآن/ مطبعة الأوقاف الإسلامية/ سنة ١٣٢٥هـ/

والمطبعة البهية/ مصر/ سنة ١٣٤٧هـ.

- الفصول في الأصول/ تحقيق د. عجيل النشمي/ نشر وزارة

الأوقاف والشؤون الإسلامية/ الكويت.

الجدي: عمر بن عبدالكريم.

- العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء

المغرب/ نشر تحت إشراف اللجنة المشتركة لإحياء التراث

الإسلامي/ مطبعة فضالة/ المغرب/ سنة ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.

ابن الحاجب: جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر المالكي (ت ٦٤٦هـ).

- مختصر المنتهي بشرح العضد/ المطبعة الأميرية / بولاق/

مصر/ سنة ١٣١٧هـ.

- ابن حجر: أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢هـ).
- فتح الباري شرح صحيح البخاري / بتحقيق وإشراف الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز/ نشر إدارة البحوث العلمية والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير/ دار المعرفة/ بيروت/ سنة ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، تعليق عبدالله هاشم مدني.
- الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد الذكن/ الهند، سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي (ت ٤٥٦هـ).
- الإحكام في أصول الأحكام / مطبعة العاصمة/ مصر/ دون تاريخ، بإشراف الشيخ أحمد شاكر.
- حسان: الدكتور حسين حامد.
- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي/ المطبعة العالمية/ مصر، سنة ١٩٧١م.
- حسب الله: الشيخ علي.
- أصول التشريع الإسلامي/ مطبعة دار المعارف/ مصر/ ط ٣، سنة ١٩٦٤م.
- الحصكفي: علاء الدين محمد بن علي الحصني (ت ١٠٨٨هـ).

- الدر المختار بحاشية رد المختار.

انظر: ابن عابدين، رد المختار.

الحطاب: أبو زكريا يحيى بن محمد (ت ٩٩٦هـ).

- القول الواضح في بيان الجوائح / بتحقيق ودراسة الدكتور
عبدالسلام محمد الشريف العالم / نشر دار إحياء التراث في
كلية الدعوة الإسلامية / طرابلس / ليبيا / ط ١، سنة ١٤٢٤هـ -
١٩٩٦م.

الحكيم: السيد محمد تقي بن محمد سعيد الطباطبائي.

- الأصول العامة للفقهاء المقارن / مطابع الأندلس / بيروت / سنة
١٩٦٣هـ.

حماد: الدكتور نزيه.

- المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء بين النظرية
والتطبيق، نشر دار الشهاب / ط ٢ / سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

حمادة: الشيخ عباس متولي.

- أصول الفقه / مطبعة دار التأليف / القاهرة / ط ١ - سنة
١٩٦٥م.

الحموي: ياقوت بن عبدالله الرومي (ت ٦٠٦هـ).

- معجم الأدباء / دار المشرق / بيروت / أوفست عن طبعة
مرجليوت / دون تاريخ.

الحيدري: علي نقى.

- أصول الاستنباط / مطبعة الرابطة / بغداد / ط ٢ / سنة ١٩٥٩م.

- الخبّازي: جلال الدين أبو محمد عمر بن محمد بن عمر (ت ٦٩١هـ).
- المغني في أصول الفقه/ تحقيق د. محمد مظهر بقا/ نشر المركز العلمي وإحياء التراث/ جامعة أم القرى/ مكة/ سنة ١٤١٣هـ.
- الخضري: الشيخ محمد عفيفي الباجوري (ت ١٣٤٥هـ).
- أصول الفقه/ دار الاتحاد العربي للطباعة/ مصر/ سنة ١٩٦٩م.
- أبو الخطّاب: محفوظ بن أحمد الكلوذاني (ت ٥١٠هـ).
- التمهيد في أصول الفقه/ دار المدني للطباعة/ جدة/ مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي/ مكة/ سنة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
- خلاف: الشيخ عبد الوهاب بن عبد الواحد (ت ١٣٧٥هـ).
- علم أصول الفقه/ مطبعة النصر/ مصر/ ط ٧/ سنة ١٩٥٦م.
- ابن خلدون: عبد الرحمن بن محمد (ت ٨٠٨هـ).
- مقدّمة ابن خلدون/ المطبعة البهية/ مصر
- ابن خلّكان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد (ت ٦٨١هـ).
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان - مطبعة السعادة/ مصر/ سنة ١٣٦٧هـ/ ١٩٤٨م/ تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.
- الدّبوسي: أبو زيد عبيد الله بن عمر (ت ٤٣٠هـ).
- تقويم الأدلة في أصول الفقه/ تقديم وتحقيق خليل محيي الدين الميس/ منشورات دار الكتب العلمية/ بيروت.
- تأسيس النظر/ تحقيق وتعليق مصطفى محمد القباني/ نشر دار ابن زيدون/ بيروت/ بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية/ مصر.

ذُنْدَل: جبر

- حكم الإسلام في الصور والتصوير/ مكتبة المنار/ الزرقاء/
الأردن/ ط٢/ سنة ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م.

الدهلوي: الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الدين عبدالرحيم (ت ١١٧٦هـ).

- حجة الله البالغة/ مطبعة الاستقلال/ مصر/ دون تاريخ.

الدهلوي: محمود بن محمد (ت ٨٩١هـ).

- إفاضة الأنوار في إضاءة أصول المنار/ تحقيق خالد محمد

عبدالواحد/ نشر مكتبة الرشد/ الرياض/ سنة ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.

الرازي: أبو بكر أحمد بن علي (ت ٣٧٠هـ).

انظر: الجصاص.

الرازي: فخر الدين محمد بن عمر (ت ٦٠٦هـ).

- المحصول في علم الأصول/ نشر دار الكتب العلمية/ بيروت/

ط١/ سنة ١٤٠٨هـ/ ..

ابن رجب: عبدالرحمن بن أحمد (ت ٧٩٥هـ).

- الذيل على طبقات الحنابلة/ دار المعرفة/ بيروت.

الزحيلي: الدكتور وهبة.

- نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية/ نشر مكتبة الفارابي/

دمشق/ سنة ١٩٦٩م.

الزرقا: مصطفى بن أحمد (ت ١٤٢٠هـ).

- المدخل الفقهي/ مطبعة جامعة دمشق/ ط٢/ سنة ١٩٦٣،

ومطبعة الحياة/ دمشق/ ج٢.

- الزركشي: بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر (ت ٧٩٤هـ).
- البحر المحيط/ دار الصفوة/ مصر/ ط ٢/ سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- المنشور في القواعد/ تحقيق فائق أحمد محمود/ طبعة مؤسسة الخليج/ نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت.
- الزركلي: خير الدين بن محمود الدمشقي (ت ١٣٩٦هـ/ ١٩٧٦م).
- الأعلام/ نشر دار العلم للملايين/ بيروت/ ط ٢/ سنة ١٩٨٠م.
- أبو زهرة: محمد بن أحمد (ت ١٩٧٤م).
- مالك - حياته وعصره/ نشر دار الفكر العربي/ مصر/ ط ٢/ سنة ١٩٦٤م.
- أبو حنيفة/ نشر دار الثقافة العربية للطباعة/ مصر/ سنة ١٩٤٧م.
- ابن حزم/ مطبعة أحمد علي مخيمر/ مصر/ ط ٢/ سنة ١٩٥٤م.
- أصول الفقه/ مطبعة دار الثقافة العربية/ مصر/ ونشر دار الفكر العربي/ مصر/ سنة ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م.
- الزلمي: الدكتور مصطفى إبراهيم.
- أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد/ دار الحكمة للطباعة والنشر/ بغداد/ سنة ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.
- السايس: الشيخ محمد علي وجماعته.
- تاريخ التشريع الإسلامي/ مطبعة الشرق الإسلامية/ القاهرة/ ط ٢/ سنة ١٣٥٧هـ/ ١٩٣٩م.
- السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـ).

- الإبهاج في شرح المنهاج/ تحقيق جماعة من العلماء/ نشر دار الكتب العلمية/ بيروت.
- طبقات الشافعية الكبرى/ نشر دار المعارف/ بيروت/ ط٢، بالأوفست.
- جمع الجوامع بشرح الجلال المحلي وحاشية البناني/ مطبعة دار إحياء الكتب العربية/ مصر/ دون تاريخ.
- السخاوي: شمس الدين محمد بن عبدالرحمن (ت ٩٠٢هـ).
- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة/ نشر دار الكتاب العربي للطباعة/ مصر/ سنة ١٩٥١م.
- السرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد (ت ٤٨٣هـ).
- أصول السرخسي/ مطابع دار الكتاب العربي/ مصر/ سنة ١٣٧٢هـ.
- المبسوط/ مطبعة دار السعادة/ مصر/ سنة ١٣٢٦هـ.
- سركيس: يوسف أليان سركيس (ت ١٣٥١هـ/ ١٩٣٤م).
- معجم المطبوعات العربية والمعرّبة/ مطبعة سركيس/ مصر/ سنة ١٣٤٦هـ/ ١٩٢٨م.
- سعدي أفندي: سعد الله بن عيسى بن أمير خان المشهور بسعدي جلبي (ت ٩٤٥هـ).
- حاشيته على العناية.
- انظر: ابن الهمام: فتح القدير
- سعدي: يحيى
- مراعاة الخلاف في المذهب المالكي/ نشر مكتبة الرشد/ الرياض/ ط١/ سنة ١٤٢٤هـ

السكّري: الدكتور عبدالسلام عبدالرحيم.

- نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي/نشر دار المنار/مصر/ ط١ سنة ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

السنباوي: محمد الأمير الكبير (ت١٢٣٢هـ)

- الإكليل شرح مختصر خليل/تصحيح وتعليق عبدالله الصديق الغماري/نشر مكتبة القاهرة/مطبعة حجازي/القاهرة.

السنوسي: عبدالرحمن بن معمر.

- مراعاة الخلاف - بحث أصولي/نشر مكتبة الرشد/الرياض/ ط١/سنة ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م

السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ)

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية/دار إحياء الكتب العربية/مصر/دون تاريخ.

الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت٧٩٠هـ).

- الموافقات في أصول الشريعة/شرح وتعليق الشيخ عبدالله دراز/طبع المكتبة التجارية الكبرى/مصر/أوفست طبعة دار المعرفة/بيروت.

- الاعتصام/المطبعة التجارية/مصر/سنة ١٣٣٢هـ.

الشافعي: محمد بن إدريس (ت٢٠٤هـ)

- الأم/شركة الطباعة الفنية المتحدة/مصر/سنة ١٩٦٢م.

- الرسالة/مطبعة مصطفى البابي الحلبي/مصر/تحقيق أحمد شاكر/سنة ١٩٤٠م.

شعبان: الشيخ زكي الدين

- أصول الفقه الإسلامي/ مطبعة دار التأليف/ مصر/ سنة ١٩٦٥م.

شقرة: محمد إبراهيم.

- البراهين الحكيمة في الرخصة والعزيمة/ دار الأصيل للنشر

والتوزيع/ عمان/ ط١/ سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

شقرون: محمد أحمد.

- مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية/ نشر دار

البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث/ دبي/ ط١/ سنة

١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م

شليبي: الشيخ محمد مصطفى.

- تعليل الأحكام/ مطبعة الأزهر/ سنة ١٩٤٧م.

الشنشوري: عبدالله بن بهاء الدين محمد بن عبدالله العجمي الشافعي (ت ٩٩٩هـ).

- الفوائد الشنشورية (بهامش التحفة الخيرية على الفوائد

الشنشورية/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ مصر/ سنة ١٣٥٥هـ/

١٩٣٦م.

الشوكاني: محمد بن علي (ت ١٢٥٥هـ).

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول/ مطبعة

السعادة/ مصر/ سنة ١٣٢٧هـ/ ط١/ ودار المعرفة للطباعة/ لبنان/

سنة ١٣٩٩هـ.

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار/ مطبعة مصطفى البابي

الحلبي/ مصر/ سنة ١٩٦١م/ ودار العلم/ بيروت.

الشيخ: الدكتور عبدالفتاح الحسيني.

- تحليل الأحكام/رسالة دكتوراه/على الآلة الكاتبة/كلية الشريعة
في الأزهر.

الشيخ: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم.

- مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول
المذهب وقواعده/نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء
التراث/دبي/١٥/سنة ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

شيخ زادة: عبدالرحمن بن محمد بن سليمان (ت ١٠٧٨هـ).

- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر/دار الطباعة العامرة/مصر/
سنة ١٣٢٧هـ/١٣٢٨هـ.

الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي (ت ٤٧٦هـ).

- طبقات الفقهاء/نشر دار الرائد العربي/بيروت/سنة ١٩٧٨م.

صدر الشريعة: عبيدالله بن مسعود المحبوبي البخاري (ت ٧٤٧هـ).

- التوضيح في حلّ غوامض التنقيح.

انظر: التفتازاني: التلويح في كشف حقائق التنقيح.

الصنعاني: محمد بن إسماعيل (ت ١١٨٢هـ).

- سبل السلام شرح بلوغ المرام/مطبعة الاستقامة/مصر/سنة
١٣٠٧هـ/والمطبعة التجارية/سنة ١٣٥٤هـ.

الصيمري: القاضي أبو عبدالله حسين بن علي (ت ٤٣٦هـ).

- أخبار أبي حنيفة وأصحابه/نشر دار الكتاب العربي/بيروت/

سنة ١٩٧٦م، وطبعة مطبعة المعارف الشرقية في حيدر آباد سنة

١٣٩٤هـ/١٩٧٤م.

- طاش كبرى زادة: المولى أحمد بن مصطفى (ت ٩٦٨هـ).
- مفتاح السعادة ومصباح السيادة/ مطبعة مجلس دائرة المعارف
العثمانية/ حيدر آباد الدكن/ ط ١/ سنة ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.
- الطريقي: الدكتور عبدالله بن محمد بن أحمد.
- الاضطرار إلى الأطعمة والأدوية المحرّمة/ نشر مكتبة
المعارف/ الرياض/ ط ١/ سنة ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.
- الطوفي: سليمان بن عبدالقوي (ت ٧١٦هـ).
- شرح مختصر الروضة/ تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن
التركي/ مؤسسة الرسالة/ بيروت/ سنة ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
- الطويل: الدكتور توفيق وجماعته.
- مسائل فلسفية (المشكلة الأخلاقية والمشكلة الفلسفية) دار
الطباعة الحديثة/ مصر/ سنة ١٩٥٥م.
- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر (ت ١٢٥٢هـ).
- ردّ المختار على الدرّ المختار/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/
مصر/ ط ٢/ سنة ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.
- ابن عبدالبرّ: أبو عمر يوسف بن عبدالبرّ النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ).
- جامع بيان العلم وفضله/ مطبعة العاصمة/ مصر/ سنة ١٩٦٨م،
والمطبعة العلمية/ الرياض.
- الانتقاء في فضل الأئمة الثلاثة الفقهاء/ نشر دار الكتب
العلمية/ بيروت.
- عبد الحميد: الشيخ محمد محيي الدين.
- الدرّة البهيّة بتحقيق مباحث الرحيّة/ مطبعة حجازي/ مصر/ سنة ١٩٤٥م.

ابن عبدالسلام: أبو محمد عز الدين عبدالعزيز السلمي (ت ٦٦٠هـ).

- قواعد الأحكام في مصالح الأنام/ مطبعة الاستقامة/ مصر/ من
دون تاريخ.

عبدالمنعم: الدكتور محمود عبدالرحمن.

- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية/ نشر دار الفضيلة ودار
النصر للطباعة الإسلامية/ مصر.

ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبدالله (ت ٥٤٣هـ).

- أحكام القرآن/ مطبعة عيسى البابي الحلبي/ مصر/ سنة ١٩٦٧م.
- المحصول في أصول الفقه/ تعليق عبداللطيف فودة/ نشر دار
البيارق/ عمان وبيروت/ سنة ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

العضد: عضد الدين عبدالرحمن بن أحمد الإيجي (ت ٧٥٦هـ).

- شرح مختصر المنتهى/ المطبعة الأميرية/ بولاق/ سنة ١٣١٦هـ/
١٣١٧هـ.

ابن عقيل: أبو الوفاء علي بن محمد (ت ٥١٣هـ).

- الواضح في أصول الفقه/ تحقيق الدكتور عبدالله بن
عبدالمحسن التركي/ نشر مؤسسة الرسالة/ بيروت/ ط ١/ سنة
١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

العقيلي: الدكتور عقيل أحمد.

- حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي/ نشر مكتبة الصحابة/
جدة، والشرقية/ سنة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

العلمي: عبدالرحمن بن محمد (ت ٩٢٨هـ).

- المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد - تحقيق
محمد محيي الدين عبدالحميد/ نشر دار عالم الكتب/ بيروت/
ط١/ سنة ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

ابن العماد: أبو الفلاح عبدالحق بن العماد (ت ١٠٨٩هـ).

- شذرات الذهب في أخبار من ذهب/ تحقيق لجنة إحياء التراث
العربي/ نشر دار الآفاق/ بيروت.

الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت ٥٠٥هـ).

- المستصفى من علم الأصول/ مطبعة دار الفكر/ بيروت/ سنة ١٩٧٠م.
- إحياء علوم الدين/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/ مصر/ سنة
١٩٣٩م.

- المنخول من تعليقات الأصول/ مطبعة دار الفكر/ بيروت/ سنة
١٩٧٠م.

ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت ٣٩٥هـ).

- معجم مقاييس اللغة/ تحقيق عبدالسلام هارون/ نشر دار الكتب
العربية/ قم - إيران.

الفراء: القاضي أبو الحسين محمد بن أبي يعلى البغدادى الحنبلي/ (ت ٤٥٨هـ).

- طبقات الحنابلة - دار المعرفة للطباعة والنشر/ بيروت.

ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم بن علي المدني المكي (ت ٧٩٩هـ).

- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب/ دار الكتب
العلمية/ بيروت.

الفناري: حسن بن محمد شاه (ت ٨٦٦هـ).

- حاشية الفناري على التلويح / المطبعة الخيرية / مصر / سنة ١٣٢٢هـ / مع حاشيتي المرجاني ، وملاخسرو الفيروزآبادي : محمد بن يعقوب - مجد الدين (ت ٨١٧هـ).
- القاموس المحيط / دار الفكر العربي / بيروت / سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م.
- الفيومي : أحمد بن محمد (ت ٧٧٠هـ).
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي / المكتبة العلمية / بيروت.
- القاسمي : محمد جمال الدين (ت ١٩١٤م).
- قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث / دار الكتب العلمية / بيروت / ط ١ / سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- قاضي زادة : أحمد بن قودر (ت ٩٨٨هـ).
- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار / المطبعة التجارية لمصطفى محمد / مصر / سنة ١٣٥٦هـ.
- ابن قدامة : أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ).
- المغني على مختصر الخرق / رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد / طبع مكتبة الرياض الحديثة / الرياض / سنة ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.
- روضة الناظر وجنة المناظر / مطابع الرياض / الرياض / تحقيق الدكتور عبدالعزيز بن عبدالرحمن السعيد.
- القرافي : شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي المالكي (ت ٦٨٤هـ).

- شرح تنقيح الفصول/المطبعة الخيرية/مصر/ سنة ١٣٠٦هـ.
- القرشي: أبو محمد محيي الدين عبدالقادر بن محمد (ت ٧٧٥هـ).
- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية/تحقيق الدكتور عبدالفتاح محمد الحلو/مطبعة عيسى البابي الحلبي/مصر/ سنة ١٩٧٦م.
- القرضاوي: الدكتور يوسف.
- الحلال والحرام في الإسلام/نشر المكتب الإسلامي/ط١٣/ سنة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- ابن القطن: أبو الحسن علي بن محمد الفاسي (ت ٦٢٨هـ).
- كتاب النظر في أحكام النظر بحاسة البصر/تحقيق ودراسة إدريس الصمدي/نشر دار إحياء العلوم/بيروت/والشركة الجديدة للثقافة - الدار البيضاء/ط٢/ سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
- ابن قطلوبغا: أبو العدل زين الدين بن قاسم (ت ٨٧٩هـ).
- تاج التراجم في طبقات الحنفية/مطبعة العاني/بغداد/ سنة ١٩٦٢م.
- ابن القيم: شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ).
- إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان/مطبعة مصطفى البابي الحلبي/مصر/ سنة ١٩٦١م.
- إعلام الموقعين/الطباعة المنيرية/دون تاريخ.
- الكاساني: أبو بكر بن مسعود (علاء الدين) (ت ٥٨٧هـ).
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/دار الكتاب العربي/بيروت/ ط٢/ سنة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

كحالة: عمر رضا (ت ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م).

- معجم المؤلفين/ تراجم مصنفى الكتب العربية/ مطبعة الترقى / دمشق/ سنة ١٩٥٧م.

اللكنوي: أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (ت ١٠٩٤هـ).

- الكلبيات/ معجم المصطلحات والفروق اللغوية/ مؤسسة الرسالة/ بيروت/ ط ١/ سنة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.

الماوردي: أبو الحسن علي بن حبيب البصري (ت ٤٥٠هـ).

- أدب القاضي/ تحقيق محيي هلال السرحان/ مطبعة الإرشاد/ بغداد سنة ١٣٩١هـ / ١٩٧١م/ من منشورات رئاسة ديوان الأوقاف في الجمهورية العراقية/ إحياء التراث.

متولي: الدكتور عبدالحميد.

- مبادئ نظام الحكم في الإسلام/ مطبعة الشاعر/ مصر/ سنة ١٩٦٦م.

المحلي: جلال الدين محمد بن أحمد (ت ٨٦٤هـ).

- شرح منهاج الطالبين للنووي بحاشيتي قليوبي وعميرة/ طبع دار

إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي/ مصر/ دون تاريخ.

مخلوف: محمد بن محمد (ت ١٣٦٠هـ / ١٩٤١م).

- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية/ دار الفكر للطباعة

والنشر والتوزيع.

المراغي: عبدالله مصطفى.

- الفتح المبين في طبقات الأصوليين/ نشر محمد أمين دمج

وشركاه/ بيروت/ ط ٢/ سنة ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م.

المرداوي: أبو الحسن علي بن سليمان (ت ٨٨٥هـ).

- التعبير شرح التحرير/ تحقيق د. أحمد محمد السراح، نشر

مكتبة الرشد/ الرياض/ ط ١/ سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

المرغيناني: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل

الرشداني (ت ٥٩٣هـ).

- الهداية - شرح بداية المبتدي/ مطبعة مصطفى البابي الحلبي/

مصر/ سنة ١٩٣٦م وانظر: ابن الهمام: فتح القدير في شرح

الهداية.

المطيعي: الشيخ محمد بخيت بن حسين (ت ١٣٥٤هـ).

- سلم الوصول بشرح نهاية السؤل/ المطبعة السلفية/ مصر/ سنة

١٣٤٣هـ.

المظفر: الشيخ محمد رضا بن محمد بن عبدالله (ت ١٩٦٤م).

- أصول الفقه/ دار النعمان/ النجف/ العراق/ سنة ١٩٦٦م.



فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	٥
المبحث الأول	
تعريف الاستحسان وتحديد معناه	١١
المطلب الأول: تحديد معناه	١٣
المطلب الثاني: تعقيب على التعريفات	٣٧
المبحث الثاني	
موقف الصحابة والأئمة من الاستحسان	٤٣
المبحث الثالث	
أنواع الاستحسان	٥٧
تمهيد	٥٧
المطلب الأول: استحسان القياس الخفي	٦٤
نماذج من ترجيح القياس الخفي	٦٩
تعديّة استحسان القياس	٨٠
المطلب الثاني: استحسان الاستثناء بما عدا القياس الخفي	٨٣
الفرع الأول: الاستحسان بالنص	٨٥
الاستحسان بالكتاب وأمثله	٨٧
الاستحسان بالسنة وأمثله	٩٠

- الفرع الثاني: الاستحسان بالإجماع ٩٧
- الفرع الثالث: الاستحسان بالضرورة ١٠٠
- الفرع الرابع: الاستحسان بالعرف ١٠٦
- الفرع الخامس: الاستحسان بالمصلحة ١١٢
- الفرع السادس: الاستحسان بنزارة الشيء وتفاهته ١١٦
- الفرع السابع: الاستحسان بمراعاة الخلاف ١١٩
- خاتمة: تعقيب على أنواع الاستحسان ١٢٧

المبحث الرابع

- حجية الاستحسان ١٢٩
- المطلب الأول: شبه المخالفين ومناقشتها ١٣١
- الفرع الأول: عرض الشبه ١٣١
- الفرع الثاني: مناقشة الشبه ١٣٧
- المطلب الثاني: الأدلة على حجية الاستحسان ١٤٣
- الفرع الأول: عرض الأدلة ١٤٣
- الفرع الثاني: تعقيب على الاستدلالات ١٥٠
- المطلب الثالث: ما نراه في الاستدلال على حجية الاستحسان ١٥٣

المبحث الخامس

- التطبيقات المعاصرة للاستحسان ١٥٧
- أولاً: بيع العرايا ١٥٨
- ثانياً: صور جديدة لعقد السلم ١٦٠
- ثالثاً: صور جديدة للاستصناع ١٦٨
- رابعاً: التبرع بالأعضاء ونقلها وزراعتها ١٧٠

- ١٧٦..... خامسًا: تصوير ذوات الروح
 ١٧٨..... سادسًا: تعديل العقود للظروف الطارئة
 ١٩٦..... سابعًا: تغيير صورة الإنسان بالجراحة وغيرها
 ١٩٨..... ثامنًا: إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة
 ٢٠٠..... تاسعًا: التداوي بالنجس عن طريق الادهان الخارجي
 ٢٠٢..... عاشرًا: النظر إلى عورة الأجنبية لضرورة العلاج
 ٢٠٩..... الخاتمة

الفهارس العلمية

- ٢١٥..... فهرس الآيات
 ٢١٩..... فهرس الأحاديث
 ٢٢١..... فهرس الأعلام المترجم لهم
 ٢٢٥..... فهرس المصادر والمراجع
 ٢٤٥..... فهرس الموضوعات

